Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und nach den Entwürfen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

KARL MARX

Gerichtsreferendar

aus Düsseldorf

MARBURG 1929

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 1. August 1929.

Berichterstatter: Prof. Dr. Engelmann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

GLIEDERUNG

I. Kurzer geschichtlicher Überblick 1

II. Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht: § 46 RStGB. 2

1. Voraussetzungen des Rücktritts vom unbeendeten Versuch: § 46 Z. 1 2

a) Aufgeben der Ausführung 2

b) Freiwilligkeit 4

2. Die Voraussetzungen des Rücktritts vom beendeten Versuch: § 46 Z. 2 7

a) Abwenden des Erfolges 7

b) Durch eigene Tätigkeit des Zurücktretenden . . 7

c) Vor der Entdeckung 7

III. Der Rücktritt vom Versuch nach den Entwürfen 8

IV. Die Ansichten über den Grund des Wegfalls der Strafe beim Rücktritt vom Versuch 10

V. Die Wirkung des Rücktritts des Täters auf die Strafbarkeit der Teilnehmer 19

VI. Die Möglichkeit eines selbständigen Rücktritts der Teilnehmer . 20

VII. Der Rücktritt vom sogen. untauglichen Versuch 24

VIII. Der Rücktritt vom sogen. qualifizierten Versuch 32

IX. Abgrenzung des Anwendungsgebietes des Rücktritts vom Versuch gegenüber den Versuchstatbeständen des besonderen Teiles des RStGB. 37

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554421_0004

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. 1907.
Baumgarten: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1888.
Beling: Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
Berner: Lehrbuch des Strafrechts. 17. Aufl.
Binding: Die Normen. Bd. 2, 3.
— Grundriß. Allgem. Teil. 8. Aufl. 1913.
— Lehrbuch. Bes. Teil. 1. Bd.
— Beiträge zur Lehre von der Konkurrenz der Strafgesetze. 1885.
— Das bedingte Verbrechen in Gerichtssaal Bd. 68 S. 1 ff.
Graf zu Dohna: Versuch in Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. 1926. S. 93 ff.
Drucksache A des 32. Ausschusses des Reichstages der 3. Wahlperiode. 1924.
Vorentwurf zu einem Deutschen StGB. 1909 (V.E.).
Gegenentwurf (G.E.) nebst Begründungen.
Kommissionsentwurf 1913 (K.E).
Entwurf von 1919 (E. 19) nebst Denkschrift.
Amtlicher Entwurf von 1925 (A.E. 25) mit Begründung.
Finger: Kritische Besprechung von Entscheidungen des RG. im Gerichtssaal Bd. 82 S. 368 ff.
— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd. 1904.
Frank: Kommentar 17. Aufl. 1926.
— Vollendung und Versuch in Vergleichende Darstellung V/163 ff.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht 1922.
— Kritische Bemerkungen zum Allgem. Teil des Strafgesetzentwurfes von 1919, 1921.
— Der Entwurf 1925, Allgem. Teil, Krit. Bem. 1925.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1 1881.
Hatzig: Über den Rücktritt vom Versuch und die sogen. tätige Reue nach gemeinem Strafrecht und dem RStGB. Diss. Berlin 1897.
Herzog: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. 1889.
Kohler: in Vergl. Darst. Bes. Teil. III.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. 1917.
Köstlin: System. 1855.
Luden: Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts. Bd. I, 1847.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
M. E. Mayer: Lehrbuch, Allgem. Teil. 2. Aufl. 1915.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922.
Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889.
O. Meyer: Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht, dem Vorentwurf und dem Gegenentwurf. Diss. Erlangen 1914.
Oetker: Rechtsgüterschutz und Strafe in Z. 17 S. 493 ff. und 53 ff.: Der Versuch und die Schweizerischen Strafgesetzentwürfe.
Olshausen: Kommentar. 1. Bd. 11. Aufl. 1927.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. 3. Aufl. 1925.
Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. RG.).
Schlecht: Zur Lehre vom qualifizierten Versuch in Z. 19 S. 829 ff.
Schoetensack: Der Versuch und der Amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen StGB. in G.S. Bd. 91 S. 378 ff.
— Tätige Reue in Vergl. Darst. Allgem. Teil II.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.

v. Schwarze: in Goltd.A. Bd. II S. 431 ff.
— in Holtzendorffs Handb. II, 1871.
— Kommentar. 5. Aufl. 1884.
Schwartz: Wirkung des Rücktritts des Täters vom Versuch hinsichtlich der Bestrafung der Anstiftung und der Beihilfe. Diss. 1918.
Seeger: Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters, 1869.
Spohr: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im Amtlichen Entwurf von 1925 in: Strafrechtl. Abhandl. (v. Lilienthal) Heft 215. 1926.
Thomsen: Das deutsche Strafrecht, Allgem. Teil 1906.
Traeger: Zu den Entwürfen zu einem Deutschen StGB. in Z. 43. S. 117 ff.
— Grundriß zur Strafrechtsvorlesung.
Wach: in DJZ. 1925 S. 529 ff.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
Wein: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Diss. Würzburg 1909.
Zachariae: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 2. Bd. 1839.

I. Kurzer geschichtlicher Überblick.

Die Geschichte des Rücktritts vom Versuch [1]) beginnt naturgemäß erst mit dem Zeitpunkt, als der Begriff des Versuches als Erscheinungsform des Verbrechens im Strafrecht ausgebildet wird. Dies geschah erst durch die italienische Jurisprudenz des Mittelalters (cogitare, agere, sed non perficere). Damit tauchte zugleich die Frage auf, wie das Abstehen des Täters vom Versuch rechtlich zu beurteilen sei. Das Problem wurde dahingehend gelöst, daß nur die freiwillige Aufgabe des Versuches (qui noluit, sed potuit) straflos zu bleiben habe. Auch den Fragen des Rücktritts der Teilnehmer und dem Rücktritt vom sogen. qualifizierten Versuch schenkte man damals bereits Aufmerksamkeit [2]). Auf den Ergebnissen ihrer Untersuchungen baute dann die Gesetzgebung der folgenden Jahrhunderte auf. Schon in der C.C.C. (Art. 178) findet sich der Mangel des freiwilligen Rücktritts als negatives Tatbestandsmerkmal. Ihr schlossen sich die folgenden Partikulargesetzgebungen im Großen und Ganzen an. Eine Ausnahme bildete neben der Theresiana das Preußische Allgemeine Landrecht (II, 20, 43), das abweichend den Rücktritt besonders behandelte. Im 19. Jahrhundert machte sich in besonders starkem Maße der Einfluß des code pénal auf die Gesetzgebung, vor allem in Preußen, bemerkbar. Während nämlich die meisten deutschen Staaten sich das von Feuerbach verfaßte Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 zum Vorbild nahmen, welches, nachdem es zunächst den Versuchsbegriff aufgestellt, den Rücktritt in zwei besonderen Artikeln (58 u. 59) behandelte, folgte das preußische StGB. von 1851 dem französischen System und machte den Mangel des freiwilligen Rücktritts zum negativen Tatbestandsmerkmal des strafbaren Versuches.

Der betreffende § 31 lautete:

> „Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführungen enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist."

Das bedeutete eine Anerkennung der Straflosigkeit des Versuches in allen Fällen des freiwilligen Rücktritts. Das RStGB. hat abweichend hiervon im § 43 zunächst den Begriff des Versuchs und seine grundsätzliche Strafbarkeit festgelegt und dann im § 46 den Fall des freiwilligen Rücktritts unter Trennung des unbeendigten vom beendigten Versuch behandelt, wobei der umständliche negative Wortlaut des

1) vgl. zum Folgenden Spohr a.a.O. S. 5 ff.
2) vgl. Seeger, a.a.O. S. 13 ff.

§ 31 Pr.StGB. bezüglich des Merkmals der Freiwilligkeit fast unverändert übernommen wurde.

II. Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht.

§ 46 RStGB. lautet:

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder

2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat."

Auf die Bedeutung der Eingangsworte „Der Versuch als solcher bleibt straflos" wird im Laufe der Untersuchung noch näher einzugehen sein. Hier seien zunächst die Voraussetzungen des § 46 im Einzelnen behandelt.

1. In seiner Nr. 1 regelt der § zunächst den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, d. h. von einem Versuch, bei dem der Täter seine Tätigkeit noch nicht als abgeschlossen angesehen hat.

a) Was also die Voraussetzungen der Nr. 1 im Einzelnen betrifft, muß zunächst der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben haben. Darüber, wie dieses „Aufgeben" zu verstehen ist, gehen die Meinungen auseinander. Genügt es, daß der Täter von der betreffenden Ausführungshandlung, die er gerade begonnen hat, absteht, oder muß man verlangen, daß er seinen verbrecherischen Entschluß endgültig, für alle Zeiten, aufgebe? Die Vertreter der Meinung, es genüge das Abbrechen der konkreten Ausführungshandlung für die Straflosigkeit [1]), betonen, daß das „sittliche" Moment hinter dem objektiven zurücktreten müsse [2]), oder sie suchen ihren Standpunkt zu begründen durch Hinweis auf die Beweisschwierigkeiten, die sich bei Feststellung der Endgültigkeit des Aufgebens in den Weg stellten [3]). Von den Anhängern der Gegenansicht [4]), die die definitive Aufgabe des verbrecherischen Entschlusses verlangen, gibt nur Wachenfeld [5]) eine Begründung seines Stand-

---

1) z. B. v. Liszt-Schmidt, Lb. S. 307; Finger Lb. I/320; Gerland S. 139; Hatzig S. 50; v. Schwarze, Komm. S. 110; Herzog S. 241; Olshausen Nr. 11 a; Wein S. 21.

2) so v. Schwarze, a.a.O.

3) so Hatzig, a.a.O. und Frank in Vergl. Darst. V/232.

4) Binding, Gr. S. 139; RGR.Komm. Nr. 4; Schütze Lb. S. 140; Wachenfeld, Lb. S. 183.

5) a.a.O.

punktes, indem er darauf aufmerksam macht, daß erst dann, wenn der Täter endgültig auf die Ausführung seines verbrecherischen Planes Verzicht geleistet habe, die Gefahr für die Rechtsordnung aufhöre, erst mit diesem Zeitpunkte also das Straflosbleiben gerechtfertigt sei. Daher könne z. B. von straflosem Rücktritt keine Rede sein, wenn der Dieb das Haus verlasse, um bei besserer Gelegenheit seinen Besuch zu wiederholen. Von besonderer praktischer Bedeutung dürfte dieser ganze Streit nicht sein. Zunächst nämlich kann festgestellt werden, daß auch die Anhänger der erstgenannten Meinung — also diejenigen, welche das Aufgeben der konkreten Ausführungshandlung für genügend erachten — in der Beurteilung einer Gruppe von Fällen mit der Gegenansicht durchaus übereinstimmen. Gemeint sind die Fälle, in denen der Täter seine Tätigkeit nur vorübergehend unterbricht, sei es, um das Mittel der Ausführung zu wechseln, sei es, um sie später — und zwar unter Ausnutzung des bisher Geleisteten — fortzusetzen, man denke nur an den häufig vorkommenden Fall, in dem der Einbrecher während mehrerer Nächte planmäßig an der Durchbrechung der Mauer arbeitet. Es ist klar, daß dieses bloß vorübergehende Unterbrechen der verbrecherischen Tätigkeit kein Aufgeben der Ausführung im Sinne des Gesetzes ist[6]). Aber auch die übrigen Fälle, in denen der Handelnde seine Tätigkeit nur aufschiebt, sich insgeheim aber vorbehält, seinen Plan später doch noch auszuführen, sind m. E. im gleichen Sinne zu entscheiden. Das Wort „aufgeben" kann — will man ihm nicht Gewalt antun — nach dem allgemein üblichen Sprachgebrauch nur im Sinne eines endgültigen Verzichtleistens auf ein bestimmtes Vorhaben aufgefaßt werden. Es ist weiterhin zu bedenken, daß fast immer, wenn der Täter sich beim Rücktritt eine spätere Verwirklichung seines Planes vorbehält, von einer Ausnutzung des beim ersten Versuch Erreichten gesprochen werden kann, wenn diese Ausnutzung auch nur in der Verwertung der genaueren Kenntnis der örtlichen Verhältnisse usw. besteht. Die Zahl der Fälle, welche nach Ausscheiden der von der herrschenden Ansicht gemachten Ausnahmen überhaupt noch in Betracht kommen, dürfte also unter Berücksichtigung des eben Gesagten verschwindend gering sein. Gegenüber dem Einwand der Beweisschwierigkeit, die sich bei Annahme der auch hier vertretenen Ansicht ergäbe, ist zu betonen, daß diese nicht größer und nicht geringer ist als auch in allen anderen Fällen, in denen es sich um die Feststellung innerer Tatsachen handelt (Schuldfrage). Denjenigen endlich, die zur Begründung der hier verworfenen Meinung auf die objektive Fassung des Gesetzes hinweisen, welches nur von einer „Aufgabe der Ausführung", nicht aber von einem Aufgeben des „Entschlusses" — wie im § 43 — spreche, ist entgegenzuhalten, daß diese Formulierung wohl nur deshalb gewählt wurde, um eine umständliche Wiederholung zu vermeiden. Eine zwanglose Auslegung des Gesetzeswortlauts dürfte

---

6) so auch z. B. Meyer-Allfeld Lb. S. 200; Frank in vergl. Darst. V, 232; Komm. Nr. 2; v. Liszt-Schmidt Lb. S. 307.

also zum wünschenswerten Ziele führen, ohne daß es, wie vorgeschlagen wurde [7]), einer besonderen Hervorhebung im Gesetzeswortlaut durch Einfügen des Wortes „endgültig" bedarf.

b) Der Täter muß ferner die Ausführung aufgegeben haben, „ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren". Mit anderen Worten, Straflosigkeit tritt n i c h t ein, wenn die Umstände, die den Täter an der Ausführung hindern, von seinem Willen unabhängig waren, d. h. wenn der Rücktritt nicht freiwillig war. Die umständliche Ausdrucksweise des Gesetzes erklärt sich aus der Schwierigkeit, den Beweis der Freiwilligkeit aus der i n n e r e n Haltung des Täters zu führen und der sich hieraus ergebenden Notwendigkeit, ä u ß e r e Merkmale aufzustellen, aus denen die Unfreiwilligkeit zu folgern ist. Wird diese Unfreiwilligkeit n i c h t bewiesen, so tritt Straflosigkeit ein [8]).

Daß Hinderung der Vollendung der begonnenen Ausführung durch physische Gewalt — sei es durch Menschen —, sei es durch Naturkräfte — die Anwendung des § 46 ausschließt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Es liegt in diesen Fällen ja gar kein „Aufgeben" vor; es fehlt also schon an der ersten Voraussetzung.

Da die Frage, ob der Täter freiwillig oder nicht freiwillig die Ausführung aufgegeben hat, ganz auf subjektivem Gebiete liegt und nur von dem Inhalt seiner Vorstellungen abhängig ist, kann zunächst festgestellt werden, daß Unfreiwilligkeit auch dann vorliegt, wenn der Täter das Vorhandensein eines bestimmten von seinem Willen unabhängigen Umstandes, der ihn an der Ausführung hindert, i r r t ü m l i c h annimmt.

Was hat man nun unter solchen „vom Willen unabhängigen Umständen" zu verstehen? Zutreffend bemerkt Spohr [9]), daß mit den Umständen in Wirklichkeit Vorstellungen gemeint seien, nämlich diejenigen Vorstellungen, welche durch die Wahrnehmung — oder vermeintliche Wahrnehmung — von äußeren Umständen im Bewußtsein des Täters hervorgerufen dort als Motive auf den Willen mehr oder minder stark einwirkten. Also wäre die Frage dahin zu stellen, ob diese zum Motiv erhobenen Vorstellungen, die den Willensentschluß zur Einstellung der bisherigen Tätigkeit hervorriefen, vom Willen des Handelnden abhängig waren oder nicht. Wenn daher vielfach schlechthin behauptet wird, daß es „auf das Motiv zum Rücktritt nicht ankomme" [10]), so ist dies dahin einzuschränken, daß es allerdings nicht auf die mehr oder minder sittliche Qualität des Motives ankommt, es also keine Rolle spielt, ob der Täter beispiels-

---

7) Schoetensack in G.S. 91/398.
8) so Olshausen Nr. 8.
9) a.a.O. S. 50.
10) z. B. Gerland S. 139; Olshausen Nr. 11 a.

weise aus Reue über sein Verhalten oder aus Ekel oder Angst vor Strafe zurücktritt [11]).

Wann sind nun diese Beweggründe als vom Willen des Täters unabhängig zu bezeichnen? Unabhängig von seinem Willen sind sie dann, wenn sie den Täter hindern, den Anfang der Ausführung zu vollenden. Gehindert ist der Täter aber nur dann, wenn der Beweggrund so stark ist, daß er auf seinen Willensentschluß zwingend einwirkt [12]). Maßstab dafür, ob dieser Stärkegrad erreicht ist, ist die allgemeine Lebenserfahrung. Mit Recht betont das RG. [13]), daß der Strafrichter stets nur zu prüfen habe, ob ein im Sinne des praktischen Lebens zwingender Grund vorlag; eine Entscheidung darüber aber, ob wirklich im strengsten, philosophischen Sinne ein zwingender Grund, ein vom Willen des Täters unabhängiger Umstand gegeben war, niemals von ihm verlangt werden könne und dürfe. Ein brauchbares Hilfsmittel bei dieser Feststellung der Unfreiwilligkeit ist die von Frank aufgestellte Formel: „Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich wollte". Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten war der nicht selten vorkommende Fall, daß der Täter aus Furcht vor Entdeckung zurücktritt. Von einigen wird schlechthin in Abrede gestellt, daß hier Freiwilligkeit gegeben sein könne [14]). Die richtige Entscheidung gewinnt man auch hier durch Anwendung des eben gewonnenen Grundsatzes. Freiwillig ist der Rücktritt dann, wenn der Willensentschluß sich gründet lediglich auf die plötzlich auftretende Vorstellung von der im Falle der Entdeckung zu erwartenden Strafe mit allen ihren Folgen. Anders dagegen, wenn der Täter plötzlich das Geräusch von Schritten hört oder zu vernehmen glaubt und diese Wahrnehmung sich in die Vorstellung umsetzt, er könne seine Tat garnicht zu Ende führen [15]). Keine Schwierigkeiten dürfte auch die Entscheidung der Fälle bereiten, in denen der Dieb es auf einen bestimmten Gegenstand abgesehen hat, diesen jedoch nicht vorfindet oder keine Sachen der gewünschten Art — der Silberdieb z. B. keine Silbersachen — entdeckt. Hier handelt es sich um einen offenbar unfreiwilligen Rücktritt. Nicht ganz so einfach ist aber die Lösung in dem der Entscheidung des RG. 35/102 zugrunde liegenden Falle. Eine Schwangere nimmt ein Abtreibungsmittel in den Mund, um es zu verschlucken, speit es jedoch wegen des widerlichen Geschmackes wieder aus. Ist der Rücktritt freiwillig oder nicht? Das RG. hat § 46 Z. 1 als gegeben erachtet, da die Täterin das Mittel aus freier Entschließung nicht verschluckt habe und es nicht

11) so RG. 37/402.

12) Der bloß ursächliche Zusammenhang genügt natürlich nicht. So ist auch der bei Frank angeführte Fall (Vergl. Darst. V/230) zu beurteilen, wo der Täter durch das plötzliche Erklingen der Kirchenglocken zum Rücktritt veranlaßt wird. Hier wirkt also ein rein äußerer Umstand auf das Vorstellungsleben ein und trotzdem ist die Freiwilligkeit zu bejahen, weil hier eben kein im Sinne dieser Ausführungen zwingender Grund vorliegt.

13) a.a.O.

14) so Meyer-Allfeld S. 199; Schwartz S. 4; Binding, Gr. S. 139.

15) ähnlich auch Frank Nr. 2 und RG. 47/74.

festgestellt sei, daß der widerliche Geschmack es der Angeklagten unmöglich gemacht, das Mittel zu nehmen. Man hat darin einen Widerspruch zu den vom RG. (z. B. Bd. 37/402) ausgesprochenen grundsätzlichen Erwägungen gesehen [16]). M. E. mit Recht. Denn der zum Willensentschluß drängende Beweggrund ist in der Anschauung des Lebens durchaus zwingender, vom Willen unabhängiger Natur. Die Angeklagte war eben z u r Z e i t außerstande, die Abneigung zu überwinden, war unfähig weiter zu handeln. So betont auch Frank [17]) zutreffend, daß schon die Annahme persönlicher Unfähigkeit zur weiteren Durchführung die Freiwilligkeit ausschließe.

In der bereits erwähnten Abhandlung [18]) nimmt Finger Stellung zu den Entscheidungen des RG., besonders zu dem Urteil in Bd. 37/302 ff. und bemängelt die von diesem getroffene Unterscheidung und Einteilung der Beweggründe in solche, die lediglich inneren Erwägungen entsprangen und solche, die zugleich in der Wahrnehmung bezw. vermeintlichen Wahrnehmung äußerer Umstände ihre Quelle haben. Recht hat Finger insofern, als er ausführt, daß man „innere Erwägungen" und „Wahrnehmung äußerer Umstände" nicht in Gegensatz zueinander stellen könne, da die äußere Wahrnehmung, um zu einem Willensentschluß zu führen, erst psychisch verarbeitet werden müsse und dieser Vorgang eben nichts anderes sei als die vom RG. so bezeichneten „inneren Erwägungen". Die Richtigkeit des Kernpunktes der Ausführungen des RG., nämliche der Unterscheidung von nichtzwingenden und zwingenden Gründen, wird hierdurch jedoch nicht in Frage gestellt. Finger [19]) glaubt seinerseits diese Unterscheidung in der Verschiedenheit der inneren Zustände suchen zu müssen, was letztenendes auf dasselbe hinausläuft, kommt jedoch hierbei, wie er selbst sagt, auch zu keiner praktischen Unterscheidung. Das Ergebnis seiner Untersuchungen läuft schließlich auf den Vorschlag hinaus [20]), das Merkmal der Freiwilligkeit wegen der praktischen und grundsätzlichen Schwierigkeiten einer genauen Abgrenzung und wegen seiner kriminalpolitischen Anfechtbarkeit in Zukunft ganz fallen zu lassen.

Nach einer anderen Ansicht soll der Rücktritt schon dann ein unfreiwilliger sein, wenn der Täter den verbrecherischen Entschluß aufgegeben hat, weil die Sachlage, die er bei Ausführung der Tat gefunden hat, erheblich ungünstiger war, als das Bild, das er sich vorgestellt hatte [21]), sodaß also die bevorstehende Vollendung für ihn mehr von Nachteil als von Vorteil sein würde. Diese Auffassung ist m. E. zu streng; man kann nicht sagen, daß hierin bereits ein „Hindern" läge. Außerdem gelangte man dann, wie Finger [22]) be-

16) so Finger in G.S. 82/368 ff.
17) Komm. Nr. 2.
18) G.S. 82/368 ff.
19) a.a.O. S. 370.
20) a.a.O. S. 377.
21) so v. Bar, a.a.O. II S. 550 ff.
22) a.a.O. S. 377.

merkt, dazu, vielfach gerade die Täter zu strafen, welche durch ihr Verhalten bekunden, daß ihr verbrecherischer Wille ein solcher von geringerer Intensität war, während die gefährlicheren Elemente sich besser ständen. Dieser Grundsatz ist also auch kriminalpolitisch sehr bedenklich.

2. Wir kommen zu den Voraussetzungen der Z. 2 des § 46, der sogen. „tätigen Reue". Z. 2 behandelt den Rücktritt vom beendeten Versuch, bei welchem der Täter alles nach seiner Ansicht zur Herbeiführung des Erfolges Erforderliche getan hat, ohne daß dieser bisher eingetreten ist.

a) Der Täter muß zunächst den Eintritt des zur Vollendung des Delikts gehörigen Erfolges abgewendet haben. Naturgemäß setzt dies voraus, daß der Eintritt des Erfolges im Zeitpunkt des Eingreifens noch zweifelhaft ist oder noch bevorsteht. Bedeutungsvoll ist dies für den fehlgeschlagenen Versuch, bei dem diese Ungewißheit entfallen, ein Rücktritt daher niemals möglich ist. Ebenfalls liegt kein Abwenden des Erfolges dann vor, wenn der Täter zwar zur Abwendung des Erfolges tätig wird, sein Nichteintritt jedoch nicht auf diese Tätigkeit, sondern auf einen von ihr unabhängigen Umstand zurückzuführen ist. Z. B. der Vergiftete hat schon vor Eingeben des Gegengiftes durch den Täter das Gift ausgebrochen. Befriedigend ist dieses Ergebnis nicht, da ja der Täter sich ernstlich bemüht hat, die schlimmen Folgen seiner Tat zu verhindern, de lege lata jedoch nicht zu umgehen.

b) § 46 Z. 2 setzt weiter voraus, daß der Erfolg abgewendet wird d u r c h e i g e n e T ä t i g k e i t des Zurücktretenden. Allgemein herrscht Übereinstimmung darüber, daß diese Wendung nicht so eng auszulegen ist, als ob unbedingt der Täter selbst in eigener Person den Erfolg verhindern müßte. Vielmehr genügt es, wenn er nur der Urheber seines Nichteintritts ist, sodaß er also auch einen Dritten damit beauftragen kann.

c) Das dritte Erfordernis des Rücktritts nach Z. 2, die Freiwilligkeit, ist hier ebenso wie in Z. 1 nur negativ zum Ausdruck gekommen, nämlich in den Worten: „Zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war". Wie Lobe[23]) zutreffend ausführt, stellt die Tatsache des Entdecktseins der Handlung eine unwiderlegbare gesetzliche Präsumtion für die Unfreiwilligkeit dar[24]). Wann ist die Handlung nun entdeckt? Entdecken kann man nur etwas, das verborgen, geheim ist. Daß dieses die Tat umhüllende Geheimnis auch dann noch gewahrt ist, von Entdeckung also keine Rede sein kann, wenn außer dem Täter noch bestimmte dritte Personen

23) im RGR.Komm. Nr. 4.
24) ähnlich Frank, Komm. Nr. III, 2 a.

darum wissen, wird allgemein zugegeben. So wenn es sich handelt um die Genossen des Täters, um seine eingeweihten nächsten Angehörigen, kurz um solche Personen, mit deren Verschwiegenheit der Täter rechnen kann. Oder, um es positiv auszudrücken, Entdeckung ist Kenntnisnahme durch eine Person, der eine Hinderung des Enderfolges oder die Veranlassung einer Strafverfolgung zuzutrauen ist [25]). Auch dann liegt zweifellos keine Entdeckung vor, wenn die Mitteilung von der Tat durch den Täter — der z. B. den Arzt holt — selbst erfolgt. Unklarheit herrscht aber vielfach bezüglich der Frage, ob die Möglichkeit der Entdeckung von vornherein dadurch ausgeschlossen ist, daß der, gegen den sich der Angriff richtet, von diesem Kenntnis erhalten hat. Vor allem hat man hierbei die Fälle im Auge, bei denen die Kenntnisnahme durch den Angegriffenen zum gesetzlichen Tatbestande gehört, wie z. B. bei der Erpressung. (§ 253). Diejenigen, welche die Möglichkeit der Entdeckung von vornherein ausschließen [26]), glauben sich hierzu durch die objektive Fassung des Gesetzes genötigt. Demgegenüber betonen andere, daß gerade, soweit die Kenntnis des Angegriffenen zu den Begriffsmerkmalen des Verbrechens gehöre, diese Kenntnis die Anwendung der Z. 2 nicht ausschließe [27]). M. E. ist in allen Fällen, ganz gleich, ob die Kenntnis des Angegriffenen zum gesetzlichen Tatbestand gehört oder nicht, dahin zu entscheiden, daß ein Rücktritt im Sinne der Z. 2 noch möglich ist. Nur so kann man dem Sinn und Zweck der Vorschrift gerecht werden. Denn durch die Aufstellung des Merkmals des „Nichtentdecktseins" soll doch lediglich die Freiwilligkeit des Rücktritts garantiert werden. Und es ist nicht einzusehen, inwiefern diese im Sinne des weiter oben Ausgeführten durch die Kenntnis des Opfers ausgeschlossen werden könnte, mit welcher der Täter doch stets rechnet und rechnen muß. Immerhin dürfte es sich zur Vermeidung aller Unklarheiten empfehlen, das Merkmal der Unentdecktheit in Zukunft ganz fallen zu lassen.

Zu erwähnen bleibt noch, daß, falls die Tatsache der Entdeckung feststeht, die Anwendung der Rücktrittsvorschrift auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter selbst noch nichts davon weiß. Das befriedigt nicht und auch aus diesem Grunde ist eine Änderung wünschenswert.

III. Der Rücktritt vom Versuch nach den Entwürfen.

Die Verfasser der verschiedenen Entwürfe für ein neues StGB. haben sich bemüht, die — wie im Vorigen gezeigt wurde — teils umständliche, teils mißverständliche und unzweckmäßige Behandlung des freiwilligen Rücktritts vom Versuch zu verbessern.

---

25) so M. E. Mayer, a.a.O. S. 374.
26) so Gerland, S. 140; RG 26/77, wohl auch Olshausen Nr. 20.
27) so z. B. Frank, Komm. Nr. III, 2a; v. Liszt-Schmidt Lb. S. 307.

Zu der Frage, ob das „Aufgeben" der Ausführung ein endgültiges sein müsse, haben die Entwürfe sämtlich keine Stellung genommen, es vielmehr bei den Worten des geltenden Rechts belassen [1]). Die umständliche negative Ausdrucksweise des § 46 hinsichtlich des Merkmals der Freiwilligkeit ist in den Vorgängern des A. E. 25 durch das klare und dabei das gleiche zum Ausdruck bringende Wort „freiwillig" ersetzt worden. Der A. E. 25 hat statt dessen — offenbar, um jede Stellungnahme zu dem Problem der Willensfreiheit auszuschalten — die Wendung „aus freien Stücken" eingesetzt.

Was den Rücktritt vom beendeten Versuch anbelangt, so haben die Entwürfe erfreulicherweise den Wortlaut so gestaltet, daß auch bei diesem das Erfordernis der Freiwilligkeit positiv aufgestellt worden ist und die Wendung: „Zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war" fallen lassen.

Während endlich nach geltendem Recht Straflosigkeit nur dann eintritt, wenn die Tätigkeit des Zurücktretenden für den Nichteintritt des Erfolges kausal war, haben die neueren Entwürfe auch hierin eine grundlegende Änderung herbeigeführt. Es soll nämlich künftig in gewissen Fällen das ernstliche Bemühen des Täters, den Erfolg abzuwenden, genügen. Der E. 19 bestimmte hierüber [2]) in wörtlicher Übereinstimmung mit dem K. E.[3]): „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen, so genügt das ernstliche Bemühen, den Erfolg abzuwenden." Wie die Denkschrift [4]) dazu ausführt, sollte durch diese Vorschrift die Straflosigkeit des Rücktritts vom ungefährlichen Versuch, d. h. vom absolut untauglichen Versuch, sichergestellt werden, worauf später noch näher einzugehen sein wird. Im A. E. 25 wurde diese Fassung erweitert, insofern als dort noch das einen Unterfall des beendeten Versuchs darstellende fehlgeschlagene Delikt Berücksichtigung fand. Die fragliche Stelle lautet: „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen oder war er schon fehlgeschlagen, so genügt, solange der Täter das nicht weiß, das ernstliche Bemühen, den Erfolg abzuwenden." Neu ist hierbei auch die Forderung, daß der Täter, um straflos auszugehen, von dem Fehlschlage nichts wissen dürfe. Während dies einerseits als glückliche Verbesserung des E. 19 den Beifall der Kritik findet [5]), halten andere diesen Zusatz für überflüssig, da er ja nur eine besondere Anwendung des allgemeinen Erfordernisses der Freiwilligkeit auf einen bestimmten Fall bedeute, außerdem auch nicht für glücklich gefaßt, denn auch dann könne die Freiwilligkeit schon ausgeschlossen sein, wenn der Täter es zwar nicht direkt „wisse", aber doch bereits vermute, daß der Versuch erfolglos bleiben werde [6]). Dieser Text wurde jedoch im

---

1) vgl. übereinstimmend V.E. § 77, G.E. § 30, K.E. § 31, E. 1919 § 25 und A.E. 25 § 24.
2) in § 25 Abs. 2 Satz 2.
3) § 31 Abs. 1 Satz 2.
4) a.a.O. S. 40.
5) so z. B. Gerland, Bemerkungen zum A.E. 25, S. 51.
6) so Spohr S. 65; ähnlich auch Wach in DJZ. 1925 S. 535.

Strafrechtsausschuß nicht zur Grundlage der Beratungen gemacht, sondern vielmehr der zur Regierungsvorlage erhobene Text, der sich als Ergebnis der deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen ergeben hat. Der in erster Lesung unverändert angenommene Text der Vorlage bestimmt in seinem § 27 Abs. 3: „Unterbleibt die Ausführung oder der Erfolg ohne Zutun des Zurücktretenden, so genügt, solange er das nicht weiß, zu seiner Straflosigkeit sein ernstliches Bemühen, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden". Eine sachliche Änderung des A. E. 25 liegt hierin nicht, lediglich eine Verbesserung seiner etwas kasuistischen Ausdrucksweise. Unleugbar läßt sich bereits in dem bisher Besprochenen ein großer Fortschritt erkennen. Noch wichtiger aber und von einschneidender Bedeutung sind die Änderungen, welche de lege ferenda hinsichtlich der in den nächsten Abschnitten zu behandelnden Fragen nach der rechtlichen Natur des Rücktritts und seiner Wirkung auf die Strafbarkeit der Teilnehmer geplant sind.

IV. Die Ansichten über den Grund des Wegfalls der Strafe beim Rücktritt vom Versuch.

Schon im Schrifttum der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts herrschte lebhafter Meinungsstreit in der Frage, wie die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuch zu rechtfertigen sei, ein Streit, der durch die unglückliche Fassung der Vorschrift im geltenden Recht noch verstärkt wurde. Ziel der nachfolgenden Abschnitte ist es zu untersuchen, ob die Gründe des Wegfalls der Strafe solche sind, die den Deliktscharakter der Handlung aufheben, ein Verbrechensmerkmal negieren, — um mit M. E. Mayer[1]) zu sprechen —, oder Gründe, die den Deliktscharakter der Handlung unberührt lassen und trotzdem die Strafe ausschließen. Genauer ausgedrückt, haben wir es im § 46 zu tun mit einem Schuldausschließungsgrund, d. h. mit einem Grund, welcher der Annahme, ein tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Geschehnis sei dem Täter zuzurechnen, entgegensteht[2])? Oder liegen Gründe vor, die die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen oder nachträglich zum Wegfall bringen? Oder stellt § 46 endlich nur einen Strafaufhebungsgrund dar, der die Strafe ausschließt, obwohl keines der drei positiven Verbrechensmerkmale fehlt? Die Beantwortung ist deshalb von großer Wichtigkeit, weil von der Entscheidung im einen oder anderen Sinne das rechtliche Schicksal der Teilnehmer an der strafbaren Handlung abhängig ist. Faßt man den § 46 als Schuld- oder Unrechtsausschließungsgrund auf, so entfällt damit notwendigerweise auch die Möglichkeit der Bestrafung der Teilnehmer (Anstifter, Gehilfe). Kommt man dagegen zu dem Ergebnis, es liege lediglich ein persönlich wir-

1) Lb. S. 271 ff.
2) vgl. zur Terminologie auch im Folgenden M. E. Mayer, a.a.O.

kender Strafaufhebungsgrund vor, so kann umgekehrt von deren Straflosigkeit keine Rede sein. Immerhin sind auch diese scheinbar so klaren Konsequenzen, wie sich zeigen wird, nicht unbestritten.

Wenn im Folgenden auch die schon vor der Herrschaft des RStGB. entstandenen Ansichten über die Rechtfertigung der Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts gewürdigt werden, so geschieht dies aus dem Grunde, weil auch im geltenden Recht verschiedentlich Theorien aufgestellt worden sind, die auf den Gedankengängen jener aufbauen. Die nicht kleine Zahl verschiedener Ansichten läßt sich in drei Gruppen teilen, eine Einteilung, welche — im Großen und Ganzen wenigstens — in ihrem Endergebnis der eben erwähnten möglichen Auffassung des Rücktritts vom Versuch als Schuldausschließungs-, Unrechtsausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund entspricht.

Als erste dieser Gruppen — auch zeitlich — bieten sich uns die sogenannten Rechtsgrundtheorien dar, die das Vorhandensein eines Rechtsgrundes für die Straflosigkeit des Rücktritts behaupten. Diese Gruppe zerfällt — es wird hier der Kürze halber der Bezeichnungsweise Herzogs [3]) gefolgt — wiederum in die Annullationstheorien, die Nullitäts-, die Infirmitäts- und endlich die Präsumtionstheorie.

Betrachten wir nun die sogenannten Annullationstheorien im Einzelnen und beginnen mit der Lehre Zachariaes [4]). Zachariae ging aus von der Tatsache, daß die Strafbarkeit des Versuches zwar auch eine äußere Tätigkeit voraussetze, außerdem aber vor allem einen „bösen Willen". Fiele nun die eine oder andere dieser Voraussetzungen fort, so müsse auch die Strafe entfallen. Bezüglich der äußeren Tätigkeit sei ein Rückgängigmachen zwar unmöglich, wohl aber könne der Handelnde in der Form des freiwilligen Rücktritts seinen bösen Willen aufgeben, „nach rückwärts annullieren", sodaß dieser rückwirkend seine Bedeutung verliere und folglich Straflosigkeit eintreten müsse. Zur Widerlegung dieser Ansicht genügt es festzustellen, daß das Vorhandensein des „bösen Willens" doch ebensogut eine nicht aus der Welt zu schaffende Tatsache ist und bleibt wie die aus ihm entspringende Handlung [5]).

Die Ansicht Zachariaes hat sich auch Köstlin zu eigen gemacht. Er betont [6]) noch schärfer den Wegfall des „dolus", der ganz allein das Wesen des Versuches ausmache, sich in der äußeren Handlung nur reflektiere, sodaß das verbrecherische Tun seinen Versuchscharakter wieder verliere, wenn der Täter die dessen Wesen verkörpernde Absicht freiwillig wieder aufgebe. Auch bezüglich dieser Ansicht gilt das eben gegen Zachariae Vorgebrachte. Auch das freiwillige Abstehen von der Vollendung kann dem einmal Geschehenen

---

3) a.a.O. S. 152 ff.
4) a.a.O. § 256.
5) vgl. Herzog S. 149, Schütze Lb. S. 140; Schwarze in Goltd. A. 2/431 ff.
6) System § 84 S. 231.

nicht die Bedeutung entziehen, rechtswidrige schuldhafte Handlung zu sein [7]).

Noch unter der Herrschaft des RStGB. wird die eben verworfene Ansicht verteidigt von Berner [8]). Auch seine Beweisführung, die darin gipfelt, daß der Wille beim Versuch die Tat überrage, aber durch den freiwilligen Rücktritt auf die gleiche Stufe mit dieser herabgesetzt werde, sodaß die Handlung nicht mehr als Versuch bestraft werden könne, scheitert an der Tatsache, daß, wie Herzog zutreffend bemerkt [9]), das bisher zur Tat Gewordene doch schon ein Versuch ist, bei dem offenbar „der Wille die Tat überragt".

Schon vor dem RStGB. entstanden ist auch die sogen. Nullitätstheorie von Luden [10]). Auch dieser Schriftsteller findet das Wesentliche des strafbaren Versuches im Willen und zwar in einem auf Vollendung der Tat gerichteten Willen. Erlösche nun dieser Vollendungswille bei einem der Einzelakte der Handlung, so könne von einem strafbaren Versuch keine Rede mehr sein. Denn der maßgebende Vollendungswille habe zwar vorgelegen, gehe aber der Handlung als ganzer, als Gesamtheit der aus dem ungeteilten Willen hervorgegangenen Einzelakte, ab. Hierzu ist das gleiche zu bemerken wie zu den Ausführungen Bindings, der eine ähnliche Ansicht in klarerer Fassung vertritt (s. S. 14).

Abzulehnen ist schließlich auch die sogenannte Infirmitätstheorie von Schwarzes [11]), die auf Gedankengängen der eben besprochenen Ansichten aufbaut und die Straflosigkeit damit begründen will, daß sie darlegt, der böse Wille sei kein „beharrlicher" gewesen, wie das Aufgeben des verbrecherischen Tuns erweise. Aber kann denn aus dem Aufgeben des Entschlusses mit Sicherheit gefolgert werden, daß dieser Entschluß von vornherein ein schwankender, nicht beharrlicher, gewesen ist? Ist jemals im Gesetz von einem beharrlichen bösen Willen die Rede? Beide Fragen sind zu verneinen. Die Theorie von Schwarzes könnte höchstens Strafmilderung, niemals aber völlige Straflosigkeit begründen [12]).

Auch die von Herzog aufgestellte Präsumtionstheorie kann nicht befriedigen [13]). Ausgangspunkt bildet die Erwägung, ein Versuch sei nur dann strafbar, wenn die Handlungsweise des Täters uns die Überzeugung vom Vorhandensein einer wirklichen Verbrechenspotenz verschafft habe, d. h. einer Kraft, die fähig ist, ein Verbrechen bis zur Vollendung durchzuführen. Trete der Täter zurück, so zeige er, daß er die erforderliche Perfektionskraft in Wirklichkeit nicht besitze. Herzog stellt zu einseitig alles auf die Gefährlichkeit des Täters ab, während das Gesetz durch seine Bestimmung, der Versuch

---

7) vgl. auch Hälschner Bd. I S. 360.
8) Lb. S. 146 und Verh. d. 13. deutsch. Jur.Tages 1876, I S. 134.
9) a.a.O. S. 151.
10) a.a.O. S. 420.
11) in Holtzendorffs Handb. II, 1871, S. 305.
12) vgl. Herzog, S. 154/155.
13) a.a.O. S. 168 ff.

sei milder zu bestrafen als die vollendete Tat[14]), zeigt, daß es das Hauptgewicht auf die in die Erscheinung getretene äußere Tat legt. Denn andernfalls müßte, da der Wille in beiden Fällen gleich gefährlich ist, der Versuch wie das vollendete Delikt bestraft werden[15]). Der freiwillige Rücktritt soll nach Herzog die sonst geltende Vermutung der Vollendung widerlegen. Warum aber kann man nicht auch bei unfreiwilligem Rücktritt annehmen, der Täter wäre, wenn er durch die zwingende Einwirkung äußerer Umstände nicht gehindert worden wäre, doch noch aus freien Stücken zurückgetreten[16])? Gerade im Strafrecht ist bei Anwendung von Vermutungen größte Zurückhaltung und Vorsicht zu beobachten. Im übrigen scheitern dieser wie alle vorangegangenen Versuche an der Systematik, die unser RStGB. wie auch die Entwürfe aufweisen. Während, wie schon eingangs der Arbeit erwähnt, der Rücktritt im preußischen Recht negatives Tatbestandsmerkmal des Versuches war, ist heute die Regelung so, daß zunächst im § 43 die Strafbarkeit des Versuches festgesetzt und dann in einem besonderen § 46 der freiwillige Rücktritt als Grund des Wegfalls der an und für sich durch die Begehung einer rechtswidrigen strafbaren Handlung verwirkten Strafe statuiert wird[17]).

Herzogs Ansicht hat sich in neuerer Zeit v. Bar angeschlossen[18]). Auch Kohler, der sich ebenfalls auf Herzog beruft, ist wohl dieser Gruppe zuzurechnen, wenn er ausführt[19]), der Rücktritt des Täters käme auch dem Teilnehmer zugut, denn der Rücktritt sei eine Löschung des durch den Versuch Gesetzten, eine Löschung, die möglich sei, weil das durch den Versuch Gesetzte überhaupt nur problematisch gesetzt sei und weil durch den Rücktritt zugleich bekundet werde, daß es dem Täter im richtigen Augenblick an der r i c h t i g e n Energie fehle, die zur Durchführung nötig sei. Es kann auch zu dieser Ansicht nur wiederholt betont werden, daß es auf die i n n e r e Tätigkeit in dieser Hinsicht nicht ankommt, vielmehr die ä u ß e r e Handlung in Betracht zu ziehen und von ihr auf das Vorliegen des rechswidrigen Vorsatzes zu schließen ist.

Es wird von den Vertretern der bisher erörterten Ansichten zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, bedarf aber doch in diesem Zusammenhang der Feststellung, daß von ihrem Standpunkte aus die Teilnehmer ebenfalls straflos ausgehen, da sie ja alle durch den Rücktritt das Delikt für beseitigt bezw. die Schuld für ausgeschlossen halten.

In der zweiten Gruppe von Ansichten, die beim Rücktritt vom Versuch Ausschluß der Rechtswidrigkeit annehmen, ist an erster

---

14) vgl. RStGB. § 44; de lege ferenda: Beschluß des Strafrechtsausschusses in 1. Lesung § 26 Abs. 2.

15) vgl. auch Wein, a.a.O. S. 13; gegen Herzog auch Schoetensack in Vergleich. Darstell. Allgem. Teil Bd. 2 S. 437 Anm. 2.

16) vgl. Schwartz, a.a.O. S. 31 ff.

17) vgl. Spohr S. 67.

18) a.a.O. II S. 459.

19) Studien I S. 144.

Stelle Binding zu nennen. Binding ist von seinem früher vertretenen Standpunkt abgegangen [20]) und in seiner Untersuchung über „das bedingte Verbrechen“ [21]) zu der Ansicht gekommen, daß zu der von ihm aufgestellten Kategorie der resolutiv bedingten Verbrechen auch der Rücktritt vom Versuch gehöre. Es handle sich auch bei diesem um einen Fall, bei dem die entstandene Strafbarkeit durch nachträgliche Wiederaufhebung der Rechtswidrigkeit getilgt werde. Zu dieser Überzeugung gelangt Binding durch die Erwägung, daß alle menschliche Tätikeit niemals „atomistisch“ betrachtet werden dürfe. Denn das Verhalten des Handelnden mit Bezug auf einen eingetretenen oder nicht eingetretenen Erfolg bilde eine Einheit. Wenn man nun anfange, an der vom Gesetz verbotenen Setzung einer Ursache zum Erfolg zu arbeiten, so sei man allerdings in Begehung eines Deliktes begriffen. Doch könne man die bereits zum Erfolg geschaffenen Bedingungen wiederaufheben und damit den Nichteintritt desselben bewirken. Das Verhalten, so als G a n z e s betrachtet, entbehre des Charakters der Setzung der Ursache zu einem schädlichen Erfolge, und sei damit kein rechtswidriges mehr. Und da man die gesetzten Bedingungen wieder vernichtet habe, bleibe auch kein teilweises Delikt, kein Versuch übrig. Die Unbeachtlichkeit des Rücktritts bei Unfreiwilligkeit erklärt sich Binding damit, daß in diesem Falle das Gesetz sich außerstande sehe, das Verhalten als Ganzes zu betrachten. Selbstverständlich könne, da die Rechtswidrigkeit wegfalle, eine strafbare Anstiftung oder Beihilfe nicht übrig bleiben. Zur Stützung seiner Ansicht beruft Binding sich auch auf den Fall des promissorischen Meineides, der bei rechtzeitigem Widerruf auch nicht einmal einen Versuch übrig lasse und dies nur deshalb, weil die Aussage eben ein Ganzes bilde und als solches zu bewerten sei [22]).

Binding leugnet nicht, daß zunächst eine rechtswidrige Handlung vorgelegen hat, denn andernfalls hätte es keinen Sinn, von „Wiederaufhebung“ der Rechtswidrigkeit zu reden. In diesem Augenblicke aber, wo ein solches rechtswidriges Verhalten vorlag, war auch die Versuchsstrafe verwirkt. Wenn der Täter nun auch durch den freiwilligen Rücktritt zu der ihm obliegenden Rechtspflicht zurückkehrt, so bildet dies m. E. keinen Grund, sein ganzes Verhalten einschließlich der bisher vorgenommenen strafbaren Ausführungshandlungen nunmehr als nicht mehr rechtswidrig, also als mit der Norm übereinstimmend zu erklären. Der Ausgangspunkt von Bindings These, die Zweckeinheit der Handlung hinsichtlich des Erfolges, läßt sich nicht halten. Denn man kann, wie Spohr zutreffend betont [23]), bei jedem Versuch — auch ohne Rücktritt — sagen, daß das Verhalten als Ganzes genommen nicht mehr Ursache für den späteren Erfolg geworden ist. Außerdem hat man gegen Bindings Lehre mit

20) s. Gr. S. 139.
21) im G.S. 68/23 ff.
22) ähnlich auch in anderem Zusammenhang in den „Normen“ Bd. II S. 250, 251.
23) a.a.O. S. 67 Anm. 1.

Recht geltend gemacht, daß gar nicht der Verbrechenscharakter der Handlung bedingt sei, sondern nur der Eintritt der Rechtsfolge dieser Handlung, der Eintritt der Strafe, da der Tatbestand des Versuches nicht abgeändert wird, die Tat ihren deliktischen Charakter im Sinne von § 43 nicht verliert.

Wie schon erwähnt, kommt Binding hinsichtlich der Teilnehmer in konsequenter Durchführung seiner Ansicht zu dem — m. E. selbstverständlichen — Ergebnis, daß deren Strafbarkeit mit dem Wegfall der Rechtswidrigkeit der Handlung ebenfalls entfallen muß, im Gegensatz zu Oetker, der sich im übrigen der Binding'schen Ansicht anschließt[24]). Auch er ist der Meinung, daß durch den Rücktritt der Handlung die „Normwidrigkeit" genommen werde, die ihr nur anhafte, solange sie deliktischem Zwecke diene, jedoch mit dem Rücktritt entfalle, der dem Tun rückwirkend die verursachende Bedeutung und damit die Eigenschaft der Normwidrigkeit entziehe. Aber dies gelte nur mit einer Einschränkung: Die Beseitigung der Normwidrigkeit sei lediglich eine r e l a t i v e , nur s e i n e r Handlung nehme der Zurücktretende die Normwidrigkeit, denn nur für diesen T ä t e r entfalle die verursachende Bedeutung der Handlung, was jedoch nicht hindere, die T a t noch als normwidrig anzusehen und demgemäß die Teilnehmer zu bestrafen. So kommt Oetker zu dem Ergebnis, § 46 enthalte einen persönlich wirkenden Deliktsaufhebungsgrund.

Auch von Schoetensack[25]) wird der Rücktritt vom Versuch als Resolutivbedingung desselben qualifiziert. Ebenfalls von der Zweckeinheit der Handlung ausgehend folgert Schoetensack weiter, die Einzelakte der Versuchshandlung (z. B. beim Tötungsversuch das Anlegen des Gewehrs) seien nur als Bestandteile der Tötungshandlung verboten; würden sie aus diesem Zusammenhang aus freien Stücken gelöst, so fiele mit diesem die schuldhafte Handlung dahin. Bezüglich des Umfangs der Wirkung des Rücktritts stimmt Schoetensack mit Oetker überein. Es handelt sich seiner Meinung nach im geltenden Recht wie nach den Entwürfen um einen p e r s ö n l i c h e n S c h u l d a u s s c h l i e ß u n g s g r u n d.

Einer besonderen Stellungnahme zu diesen Ansichten bedarf es nicht; es gilt auch hier das gegen Binding Ausgeführte. Was die Schlußfolgerung angeht, welche die genannten Schriftsteller hinsichtlich der Strafbarkeit der Teilnehmer ziehen zu müssen glauben, so genügt zu ihrer Widerlegung der bloße Hinweis auf das im bisherigen Recht streng durchgeführte Prinzip der Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnahme von der Täterhandlung, was schlechthin die Möglichkeit ausschließt, bei Wegfall der Rechtswidrigkeit der Haupttat oder bei Ausschluß der Verantwortlichkeit des Täters eine selbständige Strafbarkeit des Teilnehmers zu konstruieren[26]). — Offenbar hat der Gedanke, daß es doch nicht der Billigkeit entspräche,

24) im G.S. 88/86 ff., ferner in Z. 17/493 ff. und 53 ff., bes. S. 68.
25) im G.S. 91/398.
26) Spohr, a.a.O. S. 71.

wenn Anstifter und Gehilfe unverdientermaßen an der allein dem Zurücktretenden vom Gesetz bestimmten Vergünstigung teilnähmen, bei der Konstruktion der genannten Schriftsteller eine Rolle gespielt. Das Ergebnis ist zwar befriedigend, der Weg aber, auf dem man es zu erreichen suchte, verfehlt. Aufgabe der folgenden Ausführungen ist es, darzutun, wie dieses allein der heute herrschenden richtigen Ansicht wie auch dem Standpunkt der Entwürfe entsprechende Ergebnis in logisch einwandfreier Weise zu erzielen ist.

Suchten die bisher besprochenen Theorien die Rechtfertigungsgründe für den Wegfall der Strafe im Rechte selbst, so beschäftigt uns im Folgenden die dritte Gruppe von Ansichten, welche die Gründe außerhalb desselben zu finden hoffen. Nur kurz sei erwähnt, daß einige Schriftsteller in der Rücktrittsvorschrift lediglich einen Akt der Billigkeit erblicken, die anstelle der Begnadigung stattfinde[27]). Wenn auch zuzugeben ist, daß solche Erwägungen mitbestimmend waren, so spielten sie doch jedenfalls eine untergeordnete Rolle. Maßgebend waren stets und sind auch heute noch Gründe kriminalpolitischer Natur. Als erster Vertreter dieser Richtung ist wohl Feuerbach zu nennen, wenn er sagt[28]), der Staat wolle den Verbrecher von der Vollendung abschrecken. Gelänge ihm die Verhinderung des Erfolges, so zahle er gern einen Preis dafür in Form eines Verzichtes auf die Strafe. Heute steht die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller wie auch das RG. in ständiger Rechtsprechung auf diesem Standpunkte[29]). Zweck des § 46 ist es, sich die regenden Hemmungsvorstellungen im Bewußtsein des Handelnden zu stärken und zum Siege zu führen durch das Inaussichtstellen der eventuellen Straflosigkeit und die sich im freiwilligen Rücktritt äußernde Sinnesänderung gegebenenfalls zu belohnen. Daneben ist aber von nicht gering zu schätzender Bedeutung der Gesichtspunkt, das angegriffene Rechtsgut auf diese Weise vor Eintritt der Verletzung nach Möglichkeit zu schützen. Das Gesetz will, wie es häufig ausgedrückt wird, dem Täter „goldene Brücken" für den Rückzug bauen[30]). Diese Auffassung ist auch schon in den älteren Entscheidungen des RG. zum Ausdruck gekommen. So wenn betont wird[31]), daß die Straflosigkeit nur aus persönlichen Gründen gewährt werde, um den Täter zu veranlassen, reuig von seiner Tat abzustehen und daß die Möglichkeit, trotzdem die Ausführung schon begonnen, der Strafe zu entgehen, manchen bewegen könne, zurückzutreten. Das ist durchaus zutreffend. Wenn überhaupt während der Ausführung des Verbrechens der Gedanke an Umkehr im Täter auftaucht, so ist das wirksamste

27) so z. B. Schütze, Lb. S. 141; ähnlich Baumgarten, a.a.O. S. 468, 469.
28) in „Kritik des Kleinschrodt'schen Entwurfs II S. 102 ff., zit. bei Hatzig, S. 78.
29) Finger Lb. I S. 319; v. Schwarze Komm. S. 108; Meyer-Allfeld, Lb. S. 198; RGR.Komm. Nr. 2; v. Liszt-Schmidt Lb. S. 305 ff.; Olshausen Nr. 2; Gerland S. 138; Traeger, Gr. § 33, I, 1; Merkel, Lb. S. 135; Spohr, S. 72/73; Hatzig S. 82; RG. 20/259; 38/223; 47/358 ff.; 56/209 ff.; 57/272 ff.
30) z. B. Gerland S. 137, 138; v. Liszt-Schmidt Lb. S. 305.
31) RG. 3/250; 6/341.

Mittel zu seiner Förderung die in Aussicht stehende Straffreiheit, während naturgemäß andernfalls jeder sich sagen würde: „Es hat ja doch keinen Zweck, daß ich zurücktrete, da ich ja auf jeden Falle bestraft werde“ [32]). Man hat hiergegen eingewendet, es könne auf diese Weise auch leicht das Gegenteil erreicht werden, da mancher durch die in Aussicht stehende eventuelle Straflosigkeit überhaupt erst auf den Gedanken käme, ein Verbrechen zu begehen [33])! Das ist m. E. abwegig. Denn in diesem Falle müßte die Absicht des Betreffenden ja von vornherein auf Nichtvollendung gerichtet gewesen sein. Ferner macht man gegen die Rechtfertigung aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten geltend, diese Ansicht passe nur für solche Täter, die die strafrechtliche Bedeutung des Rücktritts kännten [34]). Diese Befürchtung dürfte jedoch übertrieben sein. Natürlich darf und kann man nicht verlangen, daß der Täter den abstrakten Rechtssatz in seiner rechtlichen Bedeutung kenne. Wohl aber wird jeder, der von seinem verbrecherischen Tun abläßt oder den Eintritt des Erfolges verhindert, sich sagen, man werde dieses sein Verhalten berücksichtigen und ihn nicht bestrafen, zum Mindesten aber ihm Strafmilderung gewähren. Darin aber erfüllt sich ja der Zweck der ganzen Einrichtung.

Einige Schriftsteller betonen neben den schon erwähnten Gesichtspunkten noch besonders den Gedanken des Schutzes der Rechtsordnung. So wenn Wachenfeld [35]) darauf hinweist, daß die Gefahr für die Rechtsordnung mit der Beseitigung des verbrecherischen Planes aufgehört habe oder Frank [36]) von seiner Auffassung des Verbrechens als Störung des Rechtsfriedens ausgehend, bemerkt, die Rechtfertigung der Straflosigkeit beim freiwilligen Rücktritt liege darin, daß der Täter durch seinen Rücktritt diese Störung eben selbst wieder aufhebe oder besser, sie erst garnicht in die Erscheinung treten lasse.

Um das Ergebnis kurz zusammenzufassen: Die an sich verwirkte Strafe wird also aus Gründen der Kriminalpolitik nachträglich wieder aufgehoben. Treffend ist es daher, den § 46 als Strafaufhebungsgrund zu bezeichnen. Die Terminologie ist im Schrifttum wie in den Entscheidungen des RG. schwankend. Bald ist von einem Strafausschließungs-, bald wieder von einem Strafaufhebungsgrund die Rede [37]), was leicht irreführen kann, wenn man nicht stets dabei im Auge behält, daß „Strafausschließungsgrund“ hier nur als der gemeinsame Oberbegriff (s. Überschrift des 4. Abschnitts des RStGB.) verstanden werden darf. Es ergibt sich nun die weitere Frage, wie der Umfang dieses Strafaufhebungsgrundes zu begrenzen ist. Trägt § 46 objektiven, persönlichen Charakter, d. h. kommt die

32) Wein S. 15.
33) so Schütze, Lb. S. 141 Anm. 37.
34) so Frank in Vergl. Darst. V/242; M. E. Mayer, Lb. S. 370 Anm. 7.
35) Lb. S. 182.
36) Vergl. Darst. a.a.O. S. 267.
37) vgl. z. B. RG 57/273 mit RG. 56/209 ff. und 149.

Vergünstigung der Tat als solcher zu oder nur dem Täter, der zurückgetreten ist? Unter Berücksichtigung dessen, was oben als richtige Ansicht in der Frage der Rechtfertigung der Straflosigkeit des Rücktritt erkannt worden ist, kann die Antwort nicht zweifelhaft sein. Die Entscheidung muß im Sinne der zweiten Alternative fallen: § 46 ist ein höchstpersönlicher Strafaufhebungsgrund. Allerdings ist auch die entgegengesetzte Ansicht zuweilen vertreten worden [38]), und zwar in engem Anschluß an den Wortlaut des Gesetzestextes. Heißt es doch im § 46 nicht etwa: „Der Versuchende bleibt straflos ....", sondern „Der Versuch bleibt straflos, wenn ... " Diese Ausdrucksweise könnte allerdings dazu verleiten, die Stelle in objektivem Sinne auszulegen. M. E. darf man sich jedoch nicht so eng an den Wortlaut klammern, wenn man Sinn und Zweck der Vorschrift allein durch eine andere diesem entsprechende zwanglose Auslegung gerecht werden kann. Zumal wenn festgestellt werden kann, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes in dieser Beziehung durchaus nicht immer korrekt und gleichbleibend ist. So ist allgemein anerkannt, daß wir es im Absatz 2 des § 257 RStGB. mit einem persönlichen Strafausschließungsgrund zu tun haben, obwohl das Gesetz hier ebenfalls eine objektive Fassung aufweist: „Die Begünstigung ist straflos, wenn ... usw." Auch im § 247 ist diese objektive Form gewählt. Im Abs. 2 dieses Paragraphen heißt es: „Ein Diebstahl .... bleibt straflos." Allerdings kann man den Umstand, daß im folgenden Absatz 3 die Nichtanwendbarkeit dieser Vergünstigung auf die Teilnehmer ausdrücklich erwähnt wird, auch zur Stützung der Gegenansicht verwerten, was denn auch geschehen ist [39]). Man zieht daraus nämlich den Schluß, das Gesetz hätte im § 46 ebenso verfahren, wenn es trotz objektiver Formulierung die höchstpersönliche Natur gewollt hätte. Gewiß, der Gesetzgeber hätte wohl so verfahren, wenn er eben an alle diese Unstimmigkeiten gedacht hätte, die sich aus der nicht ganz einwandfreien Formulierung für die Auslegung ergeben würden. Jedenfalls zeigen schon die angeführten Beispiele, daß man den Wortlaut nicht als einzig und allein maßgebend ansehen darf, sondern ihm eine sinngemäße Auslegung angedeihen lassen muß. Spohr dürfte wohl auf dem richtigen Wege sein, wenn er darauf hinweist [40]), daß der Gesetzgeber, indem er das Substantiv „der Versuch" gebrauchte, hiermit nichts anderes im Auge hatte, als die im § 43 aufgestellten Tatbestandsmerkmale kurz zusammen zu fassen und so eine umständliche Wiederholung zu vermeiden.

Das künftige Strafrecht wird auch in diesem Punkte Besserung bringen. Zwar ließ der Vorentwurf § 77 mit seiner Formulierung: „Die Strafbarkeit des Versuches fällt weg, wenn ... usw." alles beim Alten. Auch der Gegenentwurf brachte trotz der Anregungen aus der

38) z. B. Baumgarten, a.a.O. S. 457 ff.; Thomsen, a.a.O. S. 181 ff.; Schwartz S. 52/53; früher — bis zur 10. Aufl. einschließlich — auch Olshausen zu § 46.

39) vgl. Schwartz S. 50.

40) a.a.O. S. 72.

Wissenschaft[41]), die Rechtsnatur des Rücktritts vom Versuch als persönlichen Strafaufhebungsgrund durch die Fassung des Gesetzes sicherzustellen, hierin keine Änderung. Wie er nach der Begründung[42]) überhaupt vermeidet, durch die Fassung die Eigenschaft als Schuld- bezw. persönlichen Strafausschließungsgrund in irgend einem Falle festzulegen. Die Verfasser der Entwürfe von 1919 und 1925 haben sich jedoch der Notwendigkeit einer eindeutigen Fassung nicht verschließen können und im Anschluß an den Text des K. E. die subjektive Fassung gewählt: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer ... usw."[43]). So ist die Eigenschaft des freiwilligen Rücktritts vom Versuch als eines persönlich wirkenden Strafaufhebungsgrundes gesetzlich unzweideutig zum Ausdruck und damit die als richtig erkannte herrschende Ansicht von der Rechtsnatur unserer Einrichtung zum — wohl endgültigen — Siege gebracht.

V. Die Wirkung des Rücktritts des Täters auf die Strafbarkeit der Teilnehmer.

Wie an früherer Stelle bereits einmal angedeutet, ist die Beantwortung der im vorigen Abschnitt erörterten Fragen von besonderer Wichtigkeit vor allem für das rechtliche Schicksal der Teilnehmer an einem Delikt. Da, wie wir sahen, § 46 einen persönlichen Strafaufhebungsgrund darstellt, ergibt sich für die Teilnehmer die unvermeidliche Folge, daß sie wegen Teilnahme am Versuch strafbar bleiben. Dabei ist natürlich nur an den Fall gedacht, daß die Teilnehmer von sich aus nichts unternommen haben, um das Verbrechen zu verhindern.

Was zunächst den Anstifter angeht, bleibt nach dem Gesagten keine Möglichkeit, ihn straflos zu lassen, wenn der von ihm Angestiftete freiwillig zurücktritt. Unleugbar liegt darin unter Umständen eine Härte. Nimmt der Täter mit dem Augenblick seines Rücktritts doch dem Anstifter jede Möglichkeit, selbst noch der damit verbundenen Vergünstigung teilhaftig zu werden. Jedenfalls aber ist die Tatsache, daß es infolge der Anstiftung zu einer strafbaren Versuchshandlung gekommen ist, nicht wieder aus der Welt zu schaffen und konsequenterweise wegen der Abhängigkeit der Anstiftung von der Haupttat der Anstifter zu bestrafen. Zu anderem Ergebnis müssen allerdings diejenigen gelangen, welche, wie z. B. von Bar[1]), annehmen, daß strafrechtlich nur der ernstlich betätigte Wille in Betracht kommen könne und daß eben derjenige, der den Versuch aufgebe oder durch tätige Gegenwirkung die Vollendung abwende, ungeachtet des schon Geschehenen den Beweis liefere, daß er in Wirklichkeit keinen ernstlichen Willen gehabt habe. Konsequent muß diese An-

41) z. B. M. E. Mayer „Reform" I S. 351 Anm. 4.
42) Begründung zum G.E. S. 44.
43) vgl. K.E. § 31, E. 19 § 25 und A.E. 25 § 24.
1) a.a.O. S. 687/688.

sicht weiter folgern, daß auch der Anstifter straflos werde, denn dieser will die Tat ja nur, falls der Täter sie will, d. h. ernstlich will, sie ausführt. Daher muß die Sinnesänderung des Täters auch für den Anstifter wirken. Mit Recht betont aber hierzu Geyer [2]), es sei jedenfalls doch mit dem Willen des Anstifters geschehen, daß es überhaupt zum Versuch kam und deswegen sei der Anstifter zu bestrafen. Denn damit ein Teilnehmer bestraft werden kann, ist nur erforderlich, daß eine strafbare Handlung begangen wurde, nicht aber auch, daß tatsächlich der Täter wegen derselben strafrechtlich verfolgt werden kann.

Dagegen ist der Fall der Beihilfe nicht immer in gleichem Sinne zu entscheiden. Voraussetzung der Bestrafung des Gehilfen ist stets, daß die von ihm geleistete Tätigkeit auch wirklich gefördert hat. Versuchte — aber vom Täter nicht benutzte — Beihilfe ist straflos. Desgleichen liegt nach dem Gesagten keine strafbare Handlung vor, wenn die Beihilfe erst nach erfolgtem Rücktritt des Täters — also vergeblich — geleistet wird.

Als Teilnahmeform faßt das Gesetz auch die Mittäterschaft auf [3]), weshalb auch sie in diesem Zusammenhang kurz zu besprechen ist. Tritt von mehreren Mittätern einer freiwillig zurück, so werden die anderen dadurch selbstverständlich nicht ohne weiteres ebenfalls straflos [4]). Zu erwähnen wäre noch, daß der Rücktritt eines Mittäters dadurch noch besonders erschwert ist, daß er zwar, wie man annimmt, auch dann straflos wird, wenn er von weiterer Tätigkeit absteht, also z. B. sich einfach entfernt, während er beim Diebstahl den Aufpasser spielen und die gestohlenen Sachen draußen in Empfang nehmen soll. Hat er aber bereits einen Tatbeitrag geleistet, der im Hinblick auf die Vollendung von ursächlicher Bedeutung ist, so genügt das einfache Passivverhalten nicht. Vielmehr ist in diesem Falle zu verlangen, daß der zurücktretende Mittäter die übrigen ebenfalls zum Rücktritt veranlaßt oder aber seinem Tatbeitrag die ursächliche Bedeutung für den Eintritt des Erfolges wieder entzieht [5]). Hat also z. B. ein Schlosser mit einem Nachschlüssel die Tür geöffnet, so nützt ihm sein Rücktritt nur, wenn er, falls es ihm nicht gelingt, die übrigen vom weiteren Handeln abzuhalten, die Tür wieder verschließt und so seinem Beitrag die ursächliche Bedeutung entzieht.

VI. Die Möglichkeit eines selbständigen Rücktritts der Teilnehmer.

Wie gezeigt, kommt also der Rücktritt des Täters ohne weiteres den Teilnehmern nicht zugute. Besteht nun die Möglichkeit, daß diese selbst durch eigenes Tätigwerden sich Straflosigkeit nach § 46 erwerben können? Begrifflich stehen dem wohl keine Hindernisse

---

2) in Holtzendorffs Handb. II S. 371.
3) vgl. Überschrift des 3. Abschnitts RStGB.
4) vgl. z. B. Binding Gr. S. 138; Gerland, S. 138.
5) vgl. RG. 54/177; Meyer-Allfeld, S. 202; RGR.Komm. Nr. 2.

entgegen. Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten gab aber auch hier wieder der Gesetzeswortlaut. § 46 spricht nur vom „Täter". Die Streitfrage dreht sich also hier darum, ob das Wort „Täter" hier im technischen Sinne gebraucht ist oder aber im weiteren Sinne, also auch die Teilnehmer mitumfaßt. Zur ersten Ansicht bekennt sich nur eine Minderheit [1]), während die herrschende Ansicht in Theorie und jetzt auch in der Praxis dahin neigt, § 46 auch auf die Teilnehmer anzuwenden [2]). Zum gleichen Ergebnis wie die Vertreter der als richtig anzuerkennenden herrschenden Ansicht gelangen auch diejenigen, welche eine direkte Anwendung von § 46 zwar ablehnen, eine analoge jedoch zulassen wollen [3]). Die Meinung, „Täter" sei im § 46 in streng technischem Sinne gebraucht, ist irrig. Auch in dieser Hinsicht nämlich ist der Sprachgebrauch des Gesetzes durchaus nicht streng; z. B. ist in den §§ 51, 52, 61 mit „Täter" jeder Beteiligte gemeint, während andererseits der Ausdruck „Teilnahme" in vielen Fällen auch den Täter mitumfaßt, so z. B. in den § 115, 116, 124, 128, 129.

Immerhin ist es zu begrüßen, daß auch in dieser Beziehung de lege ferenda Klarheit geschaffen ist. Zwar hatte schon E. 19 § 25 mit seiner allgemein gehaltenen Formulierung, daß wegen Versuchs nicht bestraft werden solle, „wer" ... zurücktrete, wie die Denkschrift [4]) bemerkt, gesetzlich anerkennen wollen, daß sich Anstifter und Gehilfen selbst Straffreiheit verdienen könnten. Dies dürfte jedoch nicht ganz gelungen sein. Denn da es heißt, wegen Versuchs solle nicht bestraft werden, wer zurücktrete, so ist bezüglich des Tatbestandes des Versuches § 25 aus § 23 zu ergänzen [5]). Im § 23 aber ist wiederum nur vom „Täter" die Rede, nicht aber von Teilnehmern einer Tat. Jedenfalls würde durch die Fassung des E. 19 möglicherweise wieder ein Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten gegeben sein. Im A. E. 25 dagegen sind alle Zweifel an der Möglichkeit der Anwendung der Rücktrittsvorschrift auch auf die Teilnehmer durch die gewählte Fassung zum Schweigen gebracht [6]). § 24 A. E. sagt: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer .... die Ausführung aufgibt oder verhindert." Wie Gerland richtig bemerkt, kann eine solche Verhinderung nur von einer Person erfolgen, die von dem an der Ausführung verhinderten Täter verschieden ist. Noch klarer ist jedoch die Fassung des Strafrechtsausschusses, der vor dem Wort „verhindert" noch die Wendung einfügte: „bei Beteiligung mehrerer" [7]).

---

1) Wein S. 39; Hatzig S. 55 ff.; Schütze, Lb. S. 141, 4.

2) z. B. Olshausen Nr. 7; v. Bar II/687; Frank, Komm. Nr. V, 2; Binding, Gr. S. 138; v. Liszt-Schmidt, Lb. S. 308; Gerland S. 138; Meyer-Allfeld S. 202; RGR. Komm. Nr. 2; RG. 38/223; 47/361; 54/178; 55/105; a.A. RG. 39/37 ff.

3) so z. B. Finger, Lb. I/320; Wachenfeld Lb. S. 186.

4) a.a.O. S. 40; ebenso auch der K.E. § 31.

5) so Gerland „Bemerkungen zum E. 19" S. 42/43.

6) vgl. Spohr, S. 80; Gerland „Bemerkungen zum A.E. 25" S. 50/51.

7) s. § 27 der Vorlage.

Kehren wir zum geltenden Recht zurück und unterziehen nun, nachdem wir die Anwendbarkeit der Rücktrittsvorschrift auf die Teilnehmer grundsätzlich bejaht haben, die verschiedenen Fälle einer Prüfung im Einzelnen. Wie steht es zunächst mit § 46 Z. 1? Ist hier ein wirksamer Rücktritt des Teilnehmers durch einfaches weiteres Untätigbleiben denkbar? Die Frage ist zu verneinen, denn wenn Anstifter und Gehilfe ihre Handlungen noch nicht beendet hatten, so waren sie ja überhaupt noch nicht strafbar geworden [8]). — Nehmen wir zwei praktische Fälle an: A bestimmt den B, den X zu töten. Und einen weiteren: A leiht B, der entschlossen ist, den X zu töten, zu diesem Zweck eine Schußwaffe. Im ersten Beispiel also ein Fall von Anstiftung, im zweiten Beihilfe. Schon das Billigkeitsgefühl sagt uns, daß in diesen Fällen, in denen der Teilnehmer die Kausalreihe ins Rollen gebracht hat, ohne jedoch, wie der Täter, noch einen Einfluß auf den weiteren Verlauf zu besitzen, das bloße Sichlossagen vom Täter, das bloße Widerrufen, nicht genügen kann [9]). Denn wie wir oben sahen, bezweckt die Rücktrittsvorschrift nicht zuletzt auch, die Rechtsgüterverletzungen nach Möglichkeit zu verhindern. Daher muß der Teilnehmer, um Straffreiheit zu erlangen, ein weiteres tun, er muß tätig in den Kausalverlauf eingreifen. Der Anstifter, indem er die Wirkung seiner Anstiftung wieder rückgängig macht und den Angestifteten zur Aufgabe des Verbrechens bestimmt, sodaß es nicht einmal zum Versuch kommt. Oder, wenn ihm dies nicht gelingt, indem er die Vollendung hindert. So, um bei unserem Beispiel zu bleiben, wenn A dem B, der das Gewehr bereits angelegt hat, um auf X zu schießen, es ihm im letzten Augenblick entreißt. Gelingt ihm die Verhinderung der Vollendung nicht, so kann der Anstifter nur dann straflos bleiben, wenn der Täter nicht auf Grund des vom Anstifter in ihm hervorgerufenen Entschlusses gehandelt hat, sondern auf Grund eines hiervon unabhängigen [10]). Der Gehilfe, indem er seinen Tatbeitrag wieder rückgängig macht, also A in unserem Beispiel sich das Gewehr von B zurückgeben läßt, sodaß es auch hier garnicht zum Versuch kommt. Weigert sich B, die Waffe herauszugeben, so bleibt A nur übrig, die Vollendung des Verbrechens auf irgend eine Weise zu verhindern. Gelingt ihm dies nicht und bleibt der von ihm geleistete Beitrag zur Tat kausal für den Erfolg, so ist er strafbar [11]). Selbstverständlich kann der Teilnehmer auch bei beendetem Versuch durch die sogenannte tätige Reue — vor Entdeckung der Tat — den Eintritt des Erfolges verhindern und sich auf diese Weise Straffreiheit sichern. So, wenn A im vorgenannten Beispiel den schwerverletzten X vor dem Verbluten rettet.

---

8) vgl. v. Liszt-Schmidt, S. 308.
9) a. A.: Binding „Normen" II/626.
10) vgl. Frank Nr. V, 2.
11) Also z. B. n i c h t d a n n , wenn B den X nicht mit dem G e w e h r des A tötet, sondern ihn erschlägt oder vergiftet. Allerdings kann unter Umständen auch eine zurückgezogene physische Beihilfe eventuell noch als psychische weiterwirken, worauf Frank (a.a.O.) hinweist.

Was die künftige Gestaltung dieser Bestimmung angeht, so ist bereits oben [12]) das Nötige gesagt worden. Die Formulierung des Strafrechtsausschusses ist jetzt derartig, daß die Praxis wohl damit auskommen kann.

Besonderer Besprechung bedarf wegen seiner eigenartigen Gestaltung der Fall der im geltenden Recht allgemein anerkannten und zweckmäßigerweise auch de lege ferenda beizubehaltenden sogen. mittelbaren Täterschaft oder intellektuellen Urheberschaft. Von mittelbarer Täterschaft spricht man bekanntlich dann, wenn jemand einen Verbrechenstatbestand durch einen anderen verwirklichen läßt, der aus Rechtsgründen als Täter nicht in Betracht kommen kann, also nur ein Werkzeug des mittelbaren Täters darstellt. Wie wirkt nun ein freiwilliger Rücktritt dieser Mittelsperson auf die Strafbarkeit des Täters? M. E. liegt in einem solchen Falle für den mittelbaren Täter ein fehlgeschlagenes Delikt vor, nicht anders, als ob er sich eines unbelebten Werkzeugs bedient und dieses aus irgend einem Grunde versagt hätte. Von dem freiwilligen Rücktritt des mittelbaren Täters kann demnach im einen wie im anderen Falle keine Rede sein [13]), vielmehr nur dann, wenn der Rücktritt des Werkzeugs durch den mittelbaren Täter selbst veranlaßt worden ist. Weitergehend hat sich das RG. jedoch auf den Standpunkt gestellt, bei mittelbarer Täterschaft sei straffrei auch der mittelbare Täter, falls der Rücktritt des Werkzeuges auf Erwägungen beruhe, die „auftragsgemäß" anzustellen waren [14]). Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: A beauftragt W, ihm einen Gegenstand, den beide für einen Gummiball halten, aus einem fremden Garten zu holen. A beabsichtigt, den Ball seinen Geschwistern zu schenken, was W bekannt ist. W fehlt also die Aneignungsabsicht; es liegt ein Fall des (v. Liszt-Schmidt) sogenannten absichtslosen dolosen Werkzeugs vor. W ging in den Garten, hob den Gegenstand auf, nahm ihn jedoch nicht an sich, als er feststellte, daß es nicht, wie vermutet, ein Ball, sondern eine Holzkugel war. Das RG. nahm bei W freiwilligen Rücktritt an — m. E. zu Unrecht und im Widerspruch zu seiner sonstigen Rechtsprechung — und suchte die Straffreiheit des A zu begründen mit Hilfe folgender Erwägungen: Infolge der engen strafrechtlichen Gemeinschaft des A mit W sei die Tätigkeit des beauftragten W rechtlich wie eine eigene Handlung des A aufzufassen. Wäre z. B. W bei der Tat ergriffen worden — wobei unterstellt wird, es hätte sich tatsächlich um einen Ball gehandelt — so wäre A für W's Handlungen wie für eigene haftbar. Ungerecht wäre es aber, dies nur zum Nachteil des A anzunehmen. Vielmehr läge auch hier eine den bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen ähnliche Vertretung vor. Bei Aufgabe der Ausführung habe W nur in Fortführung der bei A obwaltenden Willensrichtung, also in bewußter Willensvertretung des A gehan-

12) S. 21.
13) vgl. Gerland, S. 139; RGR.Komm. Nr. 2, Köhler S. 466.
14) RG. 39/37 ff.

delt. Daher müsse dieses Verhalten dem A zugutekommen, wie wenn er selbst gehandelt, aber freiwillig aufgehört hätte, nachdem er mittels des Werkzeugs über seinen Irrtum aufgeklärt worden war. Der Umstand, daß hier kein unbelebtes, sondern willensfähiges und bösgläubiges Werkzeug verwendet wurde, könne keinen rechtlichen Unterschied begründen. Zum Schlusse heißt es dann noch, § 46 Nr. 1 träfe nicht minder sicher zu, wenn A den B durch rechtzeitigen Zuruf veranlaßt hätte, die Kugel liegen zu lassen. Ob er ihn aber durch nachträglichen Zuruf oder — wie hier — durch von vornherein gegebene Weisung nach seinem Willen leitete, käme für die rechtliche Beurteilung auf dasselbe hinaus. Gerland bemerkt zu dieser Entscheidung [15]), es führe hier die unklare Übertragung zivilrechtlicher Gedankengänge auf das Strafrecht zu ganz abwegigen Ergebnissen. Dem ist durchaus beizustimmen. Im übrigen, um an die Schlußbemerkung des RG anzuknüpfen, müßte A allerdings straflos bleiben, wenn er durch rechtzeitigen Zuruf den W veranlaßt hätte, von der Vollendung der Ausführung abzustehen, weil er selbst ja in diesem Falle zurückgetreten wäre. Unser Fall aber ist diesem durchaus nicht gleichzustellen. Einmal nämlich steht es garnicht so unbedingt sicher fest, ob A, wenn er mit der Möglichkeit gerechnet hätte, der Gegenstand könne vielleicht nur eine Holzkugel sein, wirklich auf die Ausführung seines Planes verzichtet hätte. Das ist vielmehr Tatfrage. Selbst aber wenn wir unterstellen, A wäre mit der Handlungsweise seines Werkzeugs vollkommen einverstanden gewesen, so kann dies zur Anwendung des § 46 doch nicht für ausreichend erachtet werden. Denn man kann nicht an der Tatsache vorbei, daß A eben n i c h t zurückgetreten ist, sondern nur W aus eigener unabhängiger Überlegung und Entschußkraft. Es ist daher durchaus unrichtig, diesen Fall ohne weiteres dem gleichzustellen, in welchem der mittelbare Täter ein u n belebtes Werkzeug, etwa einen abgerichteten Hund, benutzt, den er dann selbst zurückruft.

VII. Der Rücktritt vom sogenannten untauglichen Versuch.

Die Rücktrittsvorschrift des geltenden Rechts enthält für diesen Fall keine besondere Bestimmungen, ebensowenig wie bei der Regelung des Versuches des sogenannten untauglichen Versuches gedacht worden ist. Gerade in dieser Frage ist der Streit der Meinungen von jeher besonders heftig gewesen und auch heute noch nicht zur Ruhe gekommen. Soll der untaugliche Versuch bestraft werden oder nicht? In schroffem Gegensatz stehen sich die Vertreter der subjektiven und die der objektiven Theorie gegenüber. Eine dritte Ansicht sucht zwischen beiden zu vermitteln. Es würde zu weit führen, an dieser Stelle ausführlich auf die einzelnen Ansichten einzugehen und zu ihnen Stellung zu nehmen. Eine kurze Erörterung läßt sich jedoch anderer-

15) Gerland S. 139 Anm. 2; dagegen gibt RGR.Komm. Nr. 2 dem RG. Recht.

seits nicht vermeiden [1]). Denn je nachdem man sich der einen oder anderen Auffassung in der Frage der Bestrafung des untauglichen Versuches anschließt, fällt die Entscheidung bezüglich der Möglichkeit eines freiwilligen Rücktritts verschieden aus. Kommt man nämlich zu der Ansicht, der untaugliche Versuch sei stets straflos, so ist die Frage nach der Möglichkeit eines Rücktritts naturgemäß garnicht mehr zu erörtern. Die eben erwähnte subjektive Theorie, vertreten vor allem vom RG. in ständiger Rechtsprechung, betont einseitig allein die Willensrichtung des Täters. Der Versuch ist strafbar, wenn der Wille sich mit genügender Entschiedenheit betätigt hat, gleichgültig, ob mit dem angewendeten Mittel oder gegenüber dem Objekt, dem der Angriff gilt, das Delikt überhaupt verwirklicht werden konnte. Diese Ansicht führt notwendig zur Bestrafung auch des ungefährlichen Willens. Allen Angriffen der Wissenschaft zum Trotz hat sich die Ansicht behauptet und ist sogar im A. E. 25 und in den Beschlüssen des Strafrechtsausschusses zum vorläufigen Siege gelangt. Auch der oft gemachte Vorwurf der offenbaren Unfolgerichtigkeit, die sich in der Behandlung des Versuchs mit übersinnlichen Mitteln zeigt, (Totbeten usw.), bei deren Anwendung das RG. eine Ausnahme von seinem Grundsatze macht und Straflosigkeit annimmt, konnte die Entwicklung nicht aufhalten.

Im Gegensatz hierzu fordern die Anhänger der objektiven Theorie, daß das angegriffene Objekt bezw. das benutzte Mittel an sich geeignet seien, das Verbrechen zu vollenden, den Erfolg herbeizuführen. Um die Geeignetheit des Mittels bezw. Objekts festzustellen, wird wiederum ein Unterschied gemacht zwischen absoluter oder begrifflicher und relativer oder spezieller Untauglichkeit. Bei ersterer soll der Versuch straflos (z. B. Tötungsversuch mit ungeladenem Gewehr, leere Tasche beim Diebstahl), bei letzterer strafbar sein (z. B. Tötungsversuch mit zu kleiner Dosis Gift). Abgesehen von den Schwierigkeiten, welche die richtige Abgrenzung von absoluter und relativer Untauglichkeit in einzelnen Fällen bereiten dürfte, ist die objektive Theorie in dieser krassen Form auch deshalb abzulehnen, weil sie auch den wirklich objektiv gefährlichen Willen, der durch die Tat erkennbar geworden ist, vielfach unbestraft läßt. Diese Mängel der eben besprochenen Theorien vermeidet die vermittelnde Ansicht. Nach ihr ist für den Versuch wesentlich ebenfalls die Willensbetätigung, aber nur eine solche, die sich als für die Rechtsordnung gefährlich erwiesen hat. Diese Gefährlichkeit zeigt sich in der Möglichkeit des Eintritts der tatbestandsmäßigen Veränderung in der Außenwelt [2]). Diese Ansicht trifft m. E. das Richtige, denn sie vermeidet die unbilligen Konsequenzen der beiden extremen Richtungen und entspricht zudem in ihrer Berücksichtigung sowohl des subjektiven (Gefährlichkeitt des Täters) wie des objektiven (Gefährlichkeit der Tat) Elementes am ehesten dem ebenso ein subjektives („wer den

---

1) vgl. zum Folgenden Traeger, Gr. § 32.

Entschluß ...") wie objektive („durch Handlungen ... betätigt") Momente enthaltenden Versuchsbegriff des § 43 RStGB.

Wir forderten soeben die Möglichkeit des Eintritts tatbestandsmäßiger Veränderungen in der Außenwelt. Hieraus ergibt sich als logische Folgerung zunächst eine Beschränkung des Problems der Strafbarkeit des untauglichen Versuches. Liegt nämlich ein Fall des nicht gerade sehr glücklich so genannten „Mangels am Tatbestand" vor, so haben wir es überhaupt nicht mit einem Versuch im Rechtssinne zu tun. Ein solcher Mangel am Tatbestand aber ist in allen Fällen der Untauglichkeit des angegriffenen Objektes gegeben [3]). Alle derartigen Fälle (z. B. Diebstahlsversuch an eigener Sache, Tötungsversuch am Leichnam) scheiden also als strafrechtlich irrelevant von vornherein aus unserer Betrachtung aus. Es bleibt zu untersuchen also nur der Versuch mit untauglichen Mitteln, d. h. mit Mitteln, „denen es an der natürlichen Eignung zur Entfaltung der für die Erfolgsherbeiführung erforderlichen Kraftwirkungen fehlt" [4]). Wie wir eben sahen, ist dem Versuchsbegriff wesentlich die Gefährlichkeit der Willensbetätigung, also ihre objektive Eignung zur Erfolgsherbeiführung. Daraus ergibt sich, daß nur der gefährliche Versuch strafbar, der ungefährliche — absolut untaugliche — dagegen strafloses Putativdelikt ist. Von großer Wichtigkeit ist es daher, einen geeigneten Maßstab zu finden, an welchem die Gefährlichkeit einer Handlung einwandfrei festzustellen ist. Abzulehnen ist die Ansicht [5]), jede Angriffshandlung mit jedem Mittel, auch mit einem absolut untauglichen, also ungefährlichen, sei strafbar, da sie tatbestandsmäßig sei, weil eben die Gefährlichkeit der Handlung nach dieser Ansicht nicht zur Tatbestandsmäßigkeit gehört. Wieder andere machen die Strafbarkeit des Versuches abhängig davon, daß der Erfolg möglich gewesen wäre, wenn die Sachlage der Vorstellung entsprochen hätte, die der Täter zur Zeit der Ausführung hatte [6]). M. E. nähert sich diese Ansicht bedenklich der eben verworfenen subjektiven Versuchstheorie, denn von Gefährlichkeit der Tat kann z. B. keine Rede sein, wenn — in dem bekannten Schulbeispiel — der Täter statt Arsenik Zucker gibt. Da man bei Anwendung der genannten Formel aber zweifellos zu einer Bestrafung kommen muß, so läßt sich die Strafbarkeit notwendigerweise nur mit dem bösen Willen des Täters begründen.

Das Richtige dürfte wohl die Ansicht v. Liszt-Schmidts treffen, der zwecks Beurteilung der Gefährlichkeit der Handlung eine nachträgliche Prognose Platz greifen läßt, der die zur Zeit der Tat unter Hinzuziehung des richtigen Tatsachenwissens des Täters allgemein erkennbar gewesenen Umstände zugrunde zu legen sind, soweit sie

---

2) vgl. v. Liszt-Schmidt, Lb. S. 292; Kohler Studien S. 7 ff.

3) vgl. v. Liszt-Schmidt, Lb. S. 301; Gerland, S. 136; RGR.Komm. § 43 Nr. 9.

4) v. Liszt-Schmidt, Lb. S. 301.

5) Gerland, S. 136/137.

6) so Frank § 43 Nr. III; ähnlich Graf zu Dohna „Reform" 1926 S. 96 ff. Meyer-Allfeld S. 195/196.

sich auf das Mittel der Ausführung beziehen [7]). Hat also z. B. der Täter statt Arsenik Zucker gegeben, so ist die Frage dahin zu stellen, ob dieser Stoff unter den zur Zeit der Tat erkennbaren Umständen die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Todes begründete. Die Frage ist zu verneinen, auch dann, wenn der Täter in dem Glauben war, er gebe Arsenik. Denn diese irrige Annahme ist, wie v. Liszt-Schmidt [8]) zutreffend betont, kein Tatsachenwissen, sondern vielmehr gerade ein Tatsachennichtwissen.

Auf den ersten Blick scheinen in diese Gruppe strafloser Versuchsfälle auch die zu gehören, in welchen der Täter beispielsweise ein ohne sein Wissen entladenes Gewehr anlegt, oder ein solches benutzt, das zwar geladen ist, jedoch der im konkreten Falle nötigen Tragfähigkeit ermangelt. Bei genauer Prüfung wird man jedoch feststellen, daß der Sachverhalt hier doch etwas anders liegt, und daß in den erwähnten Beispielen die — verdiente — Strafe eintreten muß. Denn der Umstand, daß die Waffe entladen oder ohne die erforderliche Durchschlagskraft war, wird erst im weiteren Verlauf der Ereignisse offenbar. Zur Gewinnung der Urteilsgrundlage aber dürfen, wie oben dargelegt, nur die zur Zeit der Tat allgemein erkennbaren Umstände herangezogen werden und zu diesen allgemein erkennbaren Umständen gehört nur das Verwenden einer Schußwaffe überhaupt.

So kommen wir hinsichtlich der Frage, wann der Versuch mit untauglichen Mitteln strafbar sei zu einer m. E. gerechten und dem Gesetz — de lege lata wenigstens — durchaus nicht widersprechenden Regelung.

Wenden wir uns nach dieser notwendigen Abschweifung wieder zum eigentlichen Thema zurück und der Frage zu, wie es mit der Möglichkeit eines Rücktritts in den Fällen des Versuchs mit untauglichen Mitteln — soweit dieser nach dem Gesagten strafbar ist — bestellt ist.

Bezüglich des Rücktritts vom unbeendeten Versuch gemäß Ziff. 1 des § 46 ist nichts besonderes zu bemerken. Der Rücktritt vollzieht sich hier genau wie im Regelfall des Versuchs mit tauglichen Mitteln. Z. B. der Täter der mit dem vermeintlich geladenen Gewehr sein Opfer bereits aufs Korn genommen hat, setzt die Waffe aus freien Stücken wieder ab [9]). Anders aber beim beendeten Versuch der Ziffer 2. Bekanntlich muß hier der Zurücktretende durch eigene Tätigkeit den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abwenden. Wie schon gelegentlich der Besprechung der einzelnen Voraussetzungen des § 46 erwähnt wurde nützen dem Reuigen nach geltendem Recht alle Anstrengungen nichts, wenn die Ungewißheit des Erfolgseintritts entfallen ist, wenn also feststeht, daß der Erfolg nicht eintreten wird. So, wenn im eben erwähnten Beispiel der Täter das

---

7) a.a.O. S. 303.
8) a.a.O. S. 303.
9) vgl. auch Meyer-Allfeld S. 220; Kohler, a.a.O. S. 38/39.

nicht genügend weittragende Gewehr abgeschossen und damit alles getan hat, was von seiner Seite zur Erreichung des erstrebten Erfolges erforderlich und genügend war. Ein Rücktritt ist hier ausgeschlossen; die Strafe des Tötungsversuches verwirkt. Obschon im Endergebnis gleich, liegt dieser eben besprochene Tatbestand doch etwas anders als der des sogenannten fehlgeschlagenen Delikts, bei welchem die sich taugliche Kausalreihe von ihrem Ziele abgelenkt wurde und bei dem von einem Rücktritt ebenfalls keine Rede sein kann.

Vereinzelt findet sich auch die Ansicht vertreten, der beendete untaugliche Versuch sei hinsichtlich der Rücktrittsmöglichkeit dem tauglichen ohne weiteres gleichzustellen [10]). So soll, wenn der Täter den seinem Opfer vorgesetzten vermeintlichen Gifttrank, der tatsächlich harmloses Zuckerwasser ist, diesem im letzten Augenblick wieder entreißt, ein wirksamer Rücktritt nach § 46 Z. 2 vorliegen. Auch wenn der Dritte bereits das vermeintliche Gift zu sich genommen, soll der Täter sich Straffreiheit verschaffen können durch Aufklärung des Sachverhaltes, die allerdings so zeitig geschehen müßte, daß, wenn es sich tatsächlich um Gift gehandelt hätte, ein Gegengift noch Rettung hätte bringen können. Das vorliegende Ergebnis ist leicht zu erklären aus der von Kohler vertretenen Ansicht über die Gründe der Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts, von der bereits die Rede war. Der „böse Wille" ist durch die Handlungsweise des Zurücktretenden in auch äußerlich erkennbarer Weise negiert worden, soweit eine solche Negation überhaupt denkbar ist.

Obschon, wie gesagt, ein Rücktritt vom beendeten Versuch mit untauglichen Mitteln nach dem Recht unseres RStGB. nicht zulässig ist, da eben der Erfolg auch ohne die Tätigkeit nicht eingetreten wäre, so läßt sich doch nicht leugnen, daß dieser Zustand eine starke Unbilligkeit bedeutet. So kann es nicht Wunder nehmen, daß diese Empfindung der Ungerechtigkeit sich verschiedentlich darin äußerte, daß man aus diesem Umstand die Folgerung zog, der untaugliche Versuch sei überhaupt kein strafbarer Versuch [11]). Eine Änderung ist also auch in dieser Beziehung durchaus wünschenswert.

Sehen wir zu, wie sich die Verfasser der verschiedenen Entwürfe dieser Aufgabe zu entledigen suchten. Um zu einer festen Abgrenzung der für den Rücktritt allein in Frage kommenden strafbaren Versuchsfälle zu gelangen, empfiehlt es sich, auch hier zunächst die Bestimmungen über den Versuch überhaupt ins Auge zu fassen. Während der V.E. in seinen Bestimmungen über den Versuch ebensowenig wie das geltende Recht des untauglichen Versuches gedachte, brachte der G.E. hierüber eine ausdrückliche Vorschrift. In seinem § 29 heißt es nämlich, daß „der Versuch straflos bleibt, wenn der Täter die Ausführung unter Umständen, welche die Vollendung als ausgeschlossen erscheinen ließen, in Kenntnis dieser Umstände vorgenommen hat." Die Begründung zum G.E.[12]) rechtfertigt diese beson-

10) so Kohler, a.a.O. S. 38/39.
11) z. B. Oetker in Z. 17/69 Anm. 50; Binding „Normen" II/518 Anm. 23.
12) a.a.O. S. 43.

dere Bestimmung damit, daß einmal der subjektive Standpunkt des Entwurfs hier festgelegt und zum anderen die Fälle ausgeschieden werden sollten, in denen der Täter durch die Verwendung eines Mittels, das nach vernünftigem Ermessen im gegebenen Falle den vorgestellten Erfolg nicht herbeiführen konnte, zum Ausdruck bringe, daß er keinen ernstlichen verbrecherischen Willen habe. Durch die Wendung „in Kenntnis dieser Umstände" soll zum Ausdruck gebracht werden, daß Straflosigkeit dann eintreten soll, wenn der Täter die Tatsachen und Umstände, welche die Untauglichkeitt begründen, zwar kennt, jedoch falsch urteilt über den Erfolg seiner Handlung. In der Hauptsache wird durch die genannte Bestimmung nur die Straffreiheit der Fälle, in welchen übersinnliche Mittel (Totbeten etc.) angewendet wurden, und die in der Praxis des RG. auch bisher nie bestraft wurden, gesetzlich gewährleistet. Auch der E. 19 hält an dem subjektiven Standpunkt fest. In seinem § 23 heißt es gleichlautend mit § 29 des K.E.: „Wer den Vorsatz eine Straftat zu begehen, durch Handlungen betätigt, welche die Tat zur Ausführung bringen sollen, ist, wenn die Tat nicht vollendet wird, wegen Versuches zu bestrafen". Durch die Wendung „welche die Tat zur Ausführung bringen sollen" wird, wie die Denkschrift bemerkt [13]), klargestellt, daß es nur darauf ankomme, was der Täter sich als den Erfolg seines Handelns vorstellt, daß also auch der untaugliche Versuch strafbar ist. Jedoch wird diese Vorschrift wieder in etwa gemildert [14]) durch die Bestimmung, welche im folgenden § 24 Abs. 2 getroffen wird. Sie lautet: „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen, so darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern. Ist nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten, so darf davon abgesehen werden." Die Denkschrift weist darauf hin [15]), daß der Richter in dieser Hinsicht sein freies Ermessen in allen Fällen walten lassen könne und betont, daß der Entwurf die von der Strafrechtskommission beschlossene Einschränkung auf den Versuch der „unter keinen Umständen zur Vollendung führen konnte", aufgegeben habe, damit der Praxis die unfruchtbare Unterscheidung zwischen dem relativ und dem absolut untauglichen Versuch erspart werde. Noch deutlicher als bisher tritt die subjektive Auffassung in der Formulierung des A.E. 25 § 23 hervor, wo es heißt: „Wer den Entschluß, ... durch Handlungen betätigt, die nach seiner Vorstellung den Anfang der Ausführung bilden, ist wegen Versuches zu bestrafen". Mit dieser Fassung ist trotz aller Gegenvorstellungen des Schrifttums [16]) die subjektive Auffassung des RG. zur gesetzlichen Anerkennung und zum vorläufigen Siege gelangt. So sehr dies von dem auch hier vertretenen objektiven Standpunkte aus zu

---

13) a.a.O. S. 39.
14) ähnlich wie schon der K.E. § 29 Abs. 1 Satz 2 und § 30 Abs. 2.
15) a.a.O. S. 40.
16) vgl. z. B. Wach in DJZ. 1925 S. 529 ff.; Wachenfeld in Goltd.A. 69/266 ff.; Hegler in Bericht über die Tagung der Deutsch. Strafrechtl. Ges. 1926 im G.S. 93/275 ff., S. 314.

bedauern ist, dürften die Befürchtungen, die von einzelnen Schriftstellern für die Zukunft an diese Regelung geknüpft werden, doch etwas übertrieben sein. So macht z. B. Gerland [17]) darauf aufmerksam, daß in Zukunft derjenige nicht bestraft werden könne, der bei Begehung einer einen Versuch darstellenden tatbestandsmäßigen Handlung des Glaubens sei diese Handlung sei nur eine Vorbereitungshandlung. Nach Gerland ist die Regelung des E. 19 in dieser Beziehung vorzuziehen. Es läßt sich nicht leugnen, daß die Fassung des § 23 allerdings einen Schluß im Sinne Gerlands zuläßt. Beabsichtigt war dies von den Verfassern des Entwurfes jedenfalls nicht. Denn wie aus der Begründung [18]) hervorgeht, sollte durch die Fassung des Abs. 1 des § 23 die nötige Klarheit darüber geschaffen werden, ob der untaugliche Versuch strafbar sein solle. Maßgebend ist, wie es dann weiter heißt, ob die Handlungen, durch die der Täter seinen verbrecherischen Entschluß betätigt, nach seiner Vorstellung den Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens bilden. Das dürfte doch wohl nur in dem Sinne zu verstehen sein, daß maßgebend sein soll, ob der Täter sein Tun für geeignet hält, den mit Strafe bedrohten Tatbestand zu verwirklichen, grenzt also die Strafbarkeit des Versuches nach der Richtung der Vollendungsmöglichkeit, nicht aber umgekehrt nach der Seite der Vorbereitungshandlung hin ab. Anderenfalls wäre es nicht verständlich, wie die Begründung [19]) zum § 23 bemerken kann, — in wörtlicher Übereinstimmung übrigens mit der Denkschrift zum E. 19 [20]) — die Grenze zwischen Versuch und bloßer Vorbereitungshandlung sei die gleiche wie im geltenden Recht. Im geltenden Recht nämlich ist diese Grenze noch nach rein objektiven Gesichtspunkten gezogen, was auch allgemein anerkannt ist. Immerhin zeigt sich, daß die Formulierung des Entwurfs in dieser Beziehung nicht sehr geschickt ist. Auch durch die etwas veränderte Fassung der Vorlage [21]) sind die erwähnten Bedenken nicht ganz aus dem Wege geräumt. Der Ausschuß hat den Satz: „Die nach seiner Vorstellung den Anfang der Ausführung bilden" durch die Wendung ersetzt: „Die den Anfang der Ausführung bilden oder nach dem Sachverhalt den er sich vorstellt, bilden würden". Auch die Gefahr, daß, wie bisher, die Fälle, welche hier als Mangel am Tatbestand bezeichnet wurden, und diejenigen, in denen das angewendete Mittel vollkommen untauglich war, — erinnert sei nur an die Abtreibungsversuche einer Nichtschwangeren oder einer Schwangeren mit einem gänzlich harmlosen Mittel, — auch in Zukunft bestraft werden, ist nicht ganz so groß, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Denn bereits im A.E. 25 war im § 23 ein besonderer Abschnitt 4 den Fällen des untauglichen Versuchs gewidmet, welcher die Straflosigkeit solcher ganz besonders kraß liegender Fälle

17) Bem. zum A.E. 25 S. 46.
18) a.a.O. S. 23.
19) a.a.O. S. 23.
20) a.a.O. S. 39.
21) Siehe § 26 a.a.O.

sicherstellen wollte, indem er bestimmte: „Der Versuch bleibt straflos, wenn der Täter die Tat aus grober Unwissenheit über Naturgesetze an einem Gegenstand oder mit einem Mittel versucht hat, an oder mit dem die Tat überhaupt nicht ausgeführt werden kann." Wie die Begründung hierzu ausführt[22]), sollen durch diese Vorschrift nicht nur die Fälle der Anwendung übersinnlicher Mittel, wie das sogenannte Totbeten, sondern auch z. B. die Fälle getroffen werden, in denen die Abtreibende bei Kenntnis der einfachsten Naturgesetze hätte wissen müssen, daß sie nicht schwanger war oder daß die Schwangerschaft mit dem angewandten Mittel unter keinen Umständen beseitigt werden konnte. Außerdem sei gerade bei der versuchten Abtreibung dem Richter im § 228 Abs. 3 die Handhabe geboten, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen auch dann, wenn das Ausbleiben des Erfolges seinen Grund nicht in einer groben Unwissenheit über Naturgesetze hat. Immerhin dürfte die Feststellung, ob im konkreten Fall wirklich ein grober Irrtum über Naturgesetze vorgelegen hat, vielfach mit Schwierigkeiten verbunden sein. Es ist daher zu begrüßen, daß die Vorlage[23]) den fraglichen Abschnitt einer Änderung unterzogen und allgemeiner und elastischer so formuliert hat: „Konnte der Versuch schon wegen der Art des vom Täter ausersehenen Mittels oder Gegenstandes überhaupt nicht zur Vollendung führen, so kann das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern. In besonders leichten Fällen kann es von Strafe absehen." In dieser Form wurde die Vorlage schließlich in erster Lesung auch angenommen.

Wie der Entwurf von 1919 im Anschluß an den Kommissionsentwurf[24]) erstmalig die Fälle des untauglichen Versuches in seiner Versuchsregelung berücksichtigte, so gedachte er ihrer auch besonders in seiner Rücktrittsvorschrift. § 25 2. Abs. Satz 2, der den Rücktritt vom beendeten Versuch regelt, lautet: „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen, so genügt das ernstliche Bemühen, den Erfolg abzuwenden." Damit war die Möglichkeit des freiwilligen Rücktritts auch vom beendeten untauglichen Versuch gesichert. Diese Lösung entsprach einer Forderung der Billigkeit, denn die bisherige Regelung, daß gerade in den Fällen des ungefährlichen Versuches ein Rücktritt nach dem Gesetzeswortlaut unmöglich war, war alles andere als gerecht. Der gute Wille muß jetzt die — unmögliche — Tat ersetzen[25]), eine Neuerung die in diesem besonderen Falle unbedingt Beifall verdient. Der A. E. 25 weist in seinem § 24 Abs. 2 Satz 2 noch einige Zusätze auf: „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen oder war er schon fehlgeschlagen, so genügt, solange der Täter das nicht weiß, das ernstliche Bemühen, den Erfolg abzuwenden." Wie schon früher bemerkt, ist die Wendung „solange der

---

22) Begründung S. 23.
23) § 26 Abs. 3.
24) vgl. K.E. §§ 29, 30 und 31.
25) vgl. auch Denkschrift zum E. 19 S. 39.

Täter das nicht weiß" überflüssig, da im Erfordernis der Freiwilligkeit bereits enthalten, nach Ansicht der Begründung [26]) jedoch nötig, um Mißverständnisse zu vermeiden. Ebenso dürften die Worte „oder war er schon fehlgeschlagen" ohne Schaden für die Deutlichkeit der Vorschrift wegbleiben. Offenbar soll damit nur die Möglichkeit des Rücktritts auch vom beendeten untauglichen Versuch ausdrücklich gesetzlich festgelegt werden. Zweckmäßig und allen Möglichkeiten Rechnung tragend, dürfte die Formulierung des Ausschusses sein, welcher anstelle der etwas umständlichen des A.E. folgenden Abschnitt setzte: „Unterbleibt die Ausführung oder der Erfolg ohne Zutun des Zurücktretenden, so genügt, solange er das nicht weiß, zu seiner Straflosigkeit sein ernstliches Bemühen, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden." Gleichzeitig hat diese Fassung auch noch den Vorzug, daß sie unzweideutig die Möglichkeit eines Rücktritts vom untauglichen Versuch auch für die Teilnehmer gesetzlich anerkennt, was nach dem Wortlaut des A.E. „solange der Täter das nicht weiß", zum mindesten Zweifeln ausgesetzt war.

Soweit also nach der oben [27]) vertretenen Ansicht von der Strafbarkeit des untauglichen Versuches überhaupt die Frage nach der Möglichkeit einer Strafbefreiung durch freiwilligen Rücktritt auftauchen kann, ist sie de lege ferenda für den unbeendeten wie den beendeten Versuch, für Täter wie Teilnehmer in bejahendem Sinne zu beantworten. Eine andere Regelung ist ja auch garnicht möglich, nachdem der Gesetzgeber sich einmal auf den subjektiven Standpunkt gestellt hat. Wenn alles allein von der Vorstellung des Täters abhängen soll, so ist es nur folgerichtig und billig, wenn auch der strafaufhebende Rücktritt — wie Wach [28]) sagt — ins Gebiet der Illusion verlegt wird.

VIII. Der Rücktritt vom sogenannten qualifizierten Versuch.

Mit diesem nicht gerade sehr glücklichen Ausdruck bezeichnet man bekanntlich den Fall, in welchem das im Versuchsstadium stecken gebliebene Delikt bereits den Tatbestand eines anderen vollendeten enthält. Über die Frage ob beim freiwilligen Rücktritt von einem derartigen Versuch die Straflosigkeit sich auch auf das darin enthaltene vollendete Delikt erstreckt, ist im § 46 keine ausdrückliche Entscheidung getroffen. Einen Anhalt bietet lediglich der Eingangssatz: „Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn . . . usw." Mit Recht hat man aus dieser Wendung allgemein darauf geschlossen, daß das etwaige im Versuch steckende vollendete Verbrechen grundsätzlich nach wie vor strafbar bleibt. Nicht so leicht läßt sich jedoch die Frage entscheiden, ob dieser Satz unbedingt Geltung für alle denkbaren Fälle beanspruchen kann. Das versuchte Delikt kann nämlich zu den

26) a.a.O. S. 24.
27) S. 25 ff.
28) a.a.O. S. 535.

vollendeten in irreführend so genannter Idealkonkurrenz, richtiger als echte Gesetzeskonkurrenz bezeichnet, stehen, oder aber in unechter Gesetzeskonkurrenz. Der zweite, fälschlich meist als „Gesetzeskonkurrenz" bezeichnete Fall ist in Wirklichkeit gerade keine Konkurrenz von Gesetzen, wie sich noch zeigen wird. Trotzdem sollen die gebräuchlichen Bezeichnungen der Kürze halber im Folgenden Verwendung finden.

Idealkonkurrenz liegt gemäß § 73 dann vor, wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, also eine „Konkurrenz" mehrerer Strafvorschriften stattfindet. Welche von ihnen Anwendung findet, regelt § 73. Als Beispiele für Fälle von Idealkonkurrenz seien erwähnt: Einbruchdiebstahl und Hausfriedensbruch, Betrug und Urkundenfälschung. Bei der sogen. Gesetzeskonkurrenz hingegen treffen auf eine Tat zwar dem Wortlaute nach ebenfalls mehrere Strafgesetze zu. Jedoch ist aus dem Verhältnis der Vorschriften zu einander zu entnehmen, daß in Wirklichkeit nur eine Gesetzesbestimmung anwendbar ist, von Konkurrenz also eigentlich keine Rede sein kann [1]). Nur eben erwähnt sei, daß man je nach der Art des Verhältnisses, in dem die verschiedenen Vorschriften zu einander stehen, im allgemeinen 4 Fälle zu unterscheiden pflegt, nämlich die der Spezialität, der Subsidiarität, der Konsumtion und endlich der Alternativität. Zur Anwendung kommt, wie gesagt, stets nur eine Gesetzesbestimmung, so geht z. B. in der Notzucht die Nötigung unter, die Körperverletzung in der Tötung. Was nun den Rücktritt vom qualifizierten Versuch betrifft, so herrscht Übereinstimmung darüber, daß in den Fällen der Idealkonkurrenz das im Versuch steckende vollendete Delikt als solches zu bestrafen ist. Streitig ist aber, ob dies auch für die Fälle der Gesetzeskonkurrenz zu gelten habe oder ob bei dieser die Straflosigkeit sich auch auf die vollendete Tat erstreckt. Diejenigen, welche für Strafbarkeit in jedem Fall eintreten [2]), führen für ihre Ansicht — soweit sie überhaupt eine Begründung geben — im wesentlichen an, das in der Gesetzeskonkurrenz begründete Aufgehen eines Deliktes in einem anderen komme nur dann in Betracht, wenn das letztere tatsächlich auch bestraft werde. Bleibe also der Versuch ohne Strafe, wie dies eben beim freiwilligen Rücktritt der Fall, so erlange das konkurrierende Delikt selbständige Bedeutung, „trete der konsumierte Tatbestand kraftvoll hervor" [3]).

Entgegen dieser herrschenden Ansicht behaupten einige, bei Gesetzeskonkurrenz müsse das vollendete Delikt ebenfalls straflos bleiben [4]). Denn in diesen Fällen liege ja nur eine scheinbare Konkur-

1) vgl. z. B. Gerland, S. 161/162; M. E. Mayer Lb. S. 501.

2) vgl. Baumgarten S. 457; Berner Lb. S. 149; Wachenfeld Lb. S. 185; Finger Lb. S. 320; Schütze, Lb. S. 141; Meyer-Allfeld, Lb. S. 201; Frank Nr. IV zu § 46 (früher a. A. 3. und 4. Aufl.). v. Liszt-Schmidt Lb. S. 308 Anm. 8; Olshausen Nr. 3; Schlecht S. 863; RG. 59/377.

3) so Beling, aa.O. S. 309.

4) so Hatzig S. 40; Gerland S. 138; wohl auch RGR.Komm. Nr. 2 d zu § 46.

renz vor. Werde aber ein Delikt von dem vollendeten anderen aufgezehrt, so auch von dessen Versuch. Mithin könne, wenn der Versuch wegen Rücktritts straflos bleibe, von einer Strafpflicht für das in Wahrheit garnicht vorhandene, nur scheinbar vollendete Verbrechen keine Rede sein [5]). Schon bei Zachariae findet sich die Unterscheidung zwischen den Fällen, in denen das enthaltene vollendete Verbrechen beim Rücktritt straflos und demjenigen, in welchen es strafbar ist [6]). Straflos nämlich sollen die Fälle sein, „in denen die auf die Verübung des beabsichtigten Verbrechens gerichtete Handlung einen wesentlichen Teil des Tatbestandes, einen notwendigen Durchgangspunkt für das versuchte Verbrechen bildet." Strafbar hingegen diejenigen, „in denen das enthaltene vollendete Delikt ein willkürlich gewähles Mittel zur Erreichung des verbrecherischen Zweckes ist." Denn nur in diesem Fall sei tatsächlich eine Konkurrenz zwischen versuchtem und vollendetem Delikt gegeben und daher dürfe nur hier das enthaltene Delikt als selbständiges Bestrafung finden. Man könnte zu Gunsten dieser Ansicht, die bei Gesetzeskonkurrenz Straflosigkeit auch der vollendeten Straftat befürwortet, noch anführen, daß der freiwillig vom Versuch Zurücktretende doch seinen guten Willen zeige, den schädlichen Erfolg, soweit es an ihm liege, zu verhindern und daß man, wenn er nun doch bestraft wird, ihm die Prämie, die man auf sein freiwilliges Abstehen gesetzt, wieder entziehe. Trotzdem dürften aber die Gründe, die gegen die genannte Meinung sprechen, durchschlagskräftiger sein. Zunächst spricht dagegen die Tatsache, daß das Gesetz für eine derartige Einschränkung der Strafbarkeit des im Versuch steckenden vollendeten Verbrechens keinerlei Anhaltspunkte bietet. Ferner kann, was besonders hervorzuheben ist, das Aufgehen des einen Deliktes in dem anderen weitergehenden eben nur dann von Bedeutung sein, wenn das letztere auch tatsächlich bestraft wird [7]). Schließlich lassen sich auch noch Gründe der Kriminalpolitik und der Billigkeit gegen die bekämpfte Auffassung geltend machen. Denn wir haben oben als Grundtendenz der Straffreiheit beim freiwilligen Rücktritt vom Versuch außer dem Ziele, den Täter von der Vollendung des schädlichen Erfolges abzuhalten, als nicht weniger wichtig den Zweck erkannt, die Beschädigung des angegriffenen Rechtsgutes zu vermeiden. Es besteht daher gar kein Anlaß, völlige Straflosigkeit eintreten zu lassen, wenn dieser angestrebte Zweck nicht erreicht wird, das Schutzobjekt vielmehr bereits verletzt worden ist. Daß der Täter seine verletzenden Handlungen nur als Mittel zu einem darüber hinausgehenden Zweck ansah und vornahm, kann selbstverständlich eine Nichtbestrafung keinesfalls rechtfertigen [8]). Um das Ergebnis kurz zusammenzufassen, ist daran festzuhalten, daß die in dem Versuch enthaltene vollendete Straftat auf jeden Fall zu bestrafen ist, ganz gleich,

5) Gerland, S. 138.
6) a.a.O. S. 266, zit. bei Schlecht S. 847.
7) vgl. auch Olshausen Nr. 3.
8) vgl. auch Spohr S. 86/87.

ob es sich um einen Fall von Idealkonkurrenz handelt oder ob Gesetzeskonkurrenz vorliegt. — Freilich nur dann, wenn außer dem objektiven Tatbestand auch die subjektiven Merkmale erfüllt sind, wenn also feststeht, daß der Täter auch hinsichtlich des im Versuch enthaltenen vollendeten Deliktes vorsätzlich gehandelt hat. In den meisten Fällen nimmt man allerdings keinen Anstoß, das Vorhandensein eines so gestalteten Vorsatzes zu bejahen. Jedoch gerade in dem praktisch wichtigsten und wohl auch verhältnismäßig oft vorkommenden Fall des Tötungsversuches ist man geteilter Meinung. Soll derjenige, der mit Tötungsvorsatz z. B. auf einen anderen schießt, und ihn schwer verletzt, dann aber den Verblutenden verbindet und so vom Tode rettet, wegen vorsätzlicher Körperverletzung bestraft werden oder soll er völlig ohne Strafe davonkommen?

Die Entscheidung hängt davon ab, ob man die Frage nach dem Vorhandensein eines auch die Körperverletzung umfassenden Vorsatzes bejaht oder verneint. Vielfach findet sich die Meinung vertreten, der Vorsatz, einen Menschen zu töten, enthalte als Plus notwendig immer auch den Vorsatz, ihn körperlich zu verletzen bezw. an der Gesundheit zu schädigen [9]). Dies wird von anderen bestritten mit der Begründung, der Tötungsvorsatz sei überhaupt nicht größenmäßig, sondern vielmehr artmäßig von dem der Körperverletzung verschieden, der eben aufgestellte Satz in seiner Allgemeinheit also unrichtig [10]). Um wegen Körperverletzung bestrafen zu können, müsse man also in jedem einzelnen Falle erst den Nachweis erbringen, daß der Täter auch die Körperverletzung — zum Mindesten eventualiter — in seinen Vorsatz mitaufgenommen habe [11]). Gegen diese Ansicht Frank's wird eingewendet, sie sei unvereinbar mit der von ihm vertretenen Vorstellungstheorie. Ein solcher Fall, daß ein Täter sich nicht vorstellte, seine Tötungshandlung richte sich notwendig auch gegen die körperliche Unversehrtheit, existiere wohl nur im Strafrechtspraktikum eines Theoretikers [12]). Für die Mehrzahl aller Fälle dürfte das allerdings zutreffen, aber doch eben nicht für alle. Bei Voraussicht des — nicht erstrebten — Erfolges als eines möglichen ist Vorsatz dann anzunehmen, wenn die Voraussicht des Erfolges als eines gewissen den Täter von der Ausführung seines Vorhabens nicht abgehalten hätte. Vor allem hatte Frank wohl den Fall des § 216, der Tötung auf Verlangen, im Auge, bei dem allerdings die Sachlage meistens so sein wird, daß man den Vorsatz der Körperverletzung verneinen muß. Wenn jemand, führt Frank zutreffend aus, einen anderen von seinen Schmerzen erlösen, ihm weiteres Leiden ersparen will, so will er ihn eben nur töten. Hätte er vorausgesehen, daß seine Tat nicht den Tod herbeiführen, sondern

---

9) vgl. z. B. Geyer in Holtzendorffs Handb. 3/564; dagegen Binding in „Beiträge ... usw." S. 14/15; Normen II S. 1000; RG. 28/200 ff.

10) Frank, Komm. Nr. III zu § 216; v. Liszt-Schmidt, Lb. S. 477, IV; Wachenfeld, Lb. S. 185.

11) Frank, a.a.O. ähnlich v. Liszt-Schmidt Lb. S. 472, III.

12) so wörtlich Finger, Lb. S. 320.

nur eine Körperverletzung verursachen würde, so hätte er sie doch sicherlich unterlassen. In einem solchen Falle könne also auch von dolus eventualis keine Rede sein [13]). Folglich ist keine Bestrafung wegen der vollendeten Körperverletzung möglich. Das gegenteilige Ergebnis würde, wie zuzugeben ist, sehr unbillig erscheinen. In Wirklichkeit ist aber die Gefahr, daß tatsächlich in einem Falle wie dem eben erwähnten eine Bestrafung wegen Körperverletzung erfolgen könnte, sehr gering. Denn nach richtiger Ansicht, die auch vom RG. stets vertreten wurde, stellt § 216 keine Zusatzbestimmung zum Totschlag, sondern ein delictum sui generis dar, ein Vergehen, bei dem mangels besonderer Anordnung der Versuch nicht strafbar ist, also auch nicht die in ihm enthaltene Körperverletzung [14]). Macht man sich die auch vom RG. vertretene Gegenansicht zu eigen, so kann unter Umständen wegen der Körperverletzung eine schwerere Strafe verhängt werden, als wegen des vollendeten Delikts des § 216. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, ist im zukünftigen Strafgesetzbuch vorgesehen, daß auch der Versuch des ausdrücklich zum Sonderdelikt erhobenen Tatbestandes der Tötung auf Verlangen strafbar ist [15]). Sehen wir aber von diesem besonderen Falle des § 216 ab, so wird sich in der Regel wohl dem Tötungsvorsatz als eventueller auch der Vorsatz der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit zugesellen. Wer einen Menschen aus verbrecherischen Motiven töten will, wird auch fast immer mit dem geringeren Erfolg der körperlichen Schädigung einverstanden sein. F ü r die Bestrafung der Körperverletzung im R e g e l f a l l spricht auch die Erwägung, daß es durchaus unbillig wäre, wollte man einen Täter wegen eines vollendeten leichteren Deliktes nur um deswillen nicht bestrafen, weil er ein schweres auszuführen beabsichtigte [16]).

Um alle Meinungsverschiedenheiten und Zweifel bezüglich der untersuchten Frage künftig abzuschneiden, hat man in Vorschlag gebracht, eine gesetzliche Regelung zu treffen und im Sinne auch unseres Ergebnisses angeregt, dem § 24 A.E. einen besonderen Absatz anzufügen, des Wortlauts: „Ist durch die Versuchshandlung gleichzeitig der Tatbestand eines vollendeten Verbrechens verwirklicht, so ist der Täter wegen dieses Verbrechens strafbar. Das gilt auch beim Versuch eines Tötungsverbrechens für die zugefügte Körperverletzung“ [17]). M. E. erübrigt sich diese Bestimmung, denn die richtige Ansicht über die Behandlung der Fälle des sogenannten qualifizierten Versuches dürfte sich bald allgemeine Geltung und Anerkennung verschafft haben. Immer allerdings unter der Voraussetzung, daß

13) so Frank, a.a.O.

14) vgl. Binding Lb. I S. 35; Meyer-Allfeld, Lb. S. 384, Anm. 16; Gerland S. 360; a. A. RG. 28/200 ff., welches annimmt, daß im Tötungsvorsatz der Verletzungsvorsatz notwendig stets enthalten sei.

15) vgl. E. 19 § 284 und Denkschrift S. 227, A.E. 25 § 223 und Begründung S. 116.

16) vgl. Meyer-Allfeld, Lb. S. 201 Anm. 57.

17) so Traeger in Z. 43 S. 156.

auch das subjektive Erfordernis erfüllt ist. Läßt sich also auch ein eventueller Vorsatz nicht nachweisen, so ist nur wegen fahrlässiger Körperverletzung zu strafen [18]).

Die Entwürfe haben sich einer ausdrücklichen Bestimmung über die Behandlung des Rücktritts vom qualifizierten Versuch sämtlich enthalten. Die Denkschrift zum E. 19 [19]) und die Begründung zum A.E. 25 [20]) erklären übereinstimmend, daß, wie bisher, auch künftig der Täter wegen einer im Versuch steckenden selbständigen Handlung strafbar bleibe, auch wenn er vom Versuch zurücktrete. Als Beispiel wird allerdings nur ein Fall der Idealkonkurrenz angeführt, nämlich Betrugsversuch mittels gefälschter Urkunde, sodaß sich hieraus über die Stellungnahme zur Frage der Gesetzeskonkurrenz mit Sicherheit nichts entnehmen läßt.

IX. Abgrenzung des Anwendungsgebietes des Rücktritts vom Versuch gegenüber den Versuchstatbeständen des besonderen Teiles des RStGB.

Im § 46 heißt es: „Der Versuch bleibt straflos". Voraussetzung für die Anwendung der Rücktrittsvorschrift ist also, daß es sich um Versuchshandlungen handelt, die vom Gesetz als solche unter Strafe gestellt sind; bloße Vorbereitungshandlungen einerseits und vollendete Delikte andererseits scheiden demnach aus. In Frage kommt lediglich der Versuch als Erscheinungsform des Verbrechens. Maßgebend für die Beurteilung, ob ein Delikt vollendet ist oder nicht, ist allein der Standpunkt des Gesetzes, das aus meist kriminalpolitischen Gründen [1]) häufig den Vollendungszeitpunkt in ein früheres Stadium verlegt, in das des erst versuchten Deliktes oder gar der bloß vorbereitenden Tätigkeit. Materielle Versuchs- und Vorbereitungshandlungen werden also als formell vollendete Delikte behandelt, wenigstens hinsichtlich der Bestrafung. Ob auch bezüglich der Rücktrittsmöglichkeit in direkter oder analoger Anwendung von § 46, darüber gehen die Ansichten auseinander.

Bezüglich der vom Gesetz ausnahmsweise mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlungen — z. B. §§ 83, 84, 85, 151, 201 — findet sich verschiedentlich die Auffassung vertreten, § 46 könne unbedenklich bei ihnen zur Anwendung gelangen [2]). M. E. läßt der Wortlaut des Gesetzes eine solche erweiterte Auslegung jedoch keineswegs zu. Gegen die erwähnte Ansicht spricht ferner auch der Umstand, daß das Gesetz im § 204 seiner Absicht, dem Rücktritt strafbefreiende Wirkung beizulegen, als Ausnahme von der Regel besonders Ausdruck

---

18) vgl. auch Frank in Vergl. Darst. V S. 209; Spohr S. 89.
19) a.a.O. S. 41.
20) a.a.O. S. 24.
1) wohl nicht, wie Binding meint, nur „aus Laune oder Unfähigkeit" (Lb. I S. 13).
2) Herzog S. 230; Berner Lb. S. 348; Schütze Lb. S. 235.

gegeben hat. Auch bezüglich der Gruppe der von Binding so genannten „reinen Versuchsverbrechen“ [3]) „wer es unternimmt ... usw.“ — es gehören hierher z. B. die §§ 105, 114, 122, 159, 357 — bei welchen der Tatbestand so gestaltet ist, daß jeder Versuch bereits die Merkmale der formalen Vollendung aufweist, wird von einer Reihe von Schriftstellern die Anwendungsmöglichkeit des § 46 zugelassen [4]). Aus § 82 allein läßt sich diese Auffassung allerdings nicht widerlegen, denn die in diesem § getroffene Begriffsbestimmung des „Unternehmens“ kann nur für den speziellen Abschnitt der Hochverratsdelikte Anwendung finden. Binding [5]) meint, es lasse sich schlechterdings kein vernünftiger Grund ausfindig machen, der eine strengere Behandlung dieser Fälle gegenüber den Regelfällen des strafbaren Versuches rechtfertige. Es sei im höchsten Maße ungerecht, wenn man den von einem Mordversuch Zurücktretenden straflos lasse, aber z. B. den Meuterer bestrafe, der von dem Unternehmen, den Anstaltsaufseher zu nötigen, freiwillig abstehe (§ 122). Schließlich gibt es noch eine dritte sehr umfangreiche Gruppe von Tatbeständen, bei denen lebhafter Zweifel bezüglich der Rücktrittsmöglichkeit besteht. Gemeint sind hier die im Folgenden kurz als „Absichtsdelikte“ bezeichneten Tatbestände. Als erster hat Binding [6]) die Aufmerksamkeit der Wissenschaft auf diese Fälle gelenkt, welche er in zwei Gruppen einteilt: in die sogenannten „coupierten Erfolgsdelikte“ und in die „verkümmert zweiaktigen Verbrechen“. Bei den erstgenannten bildet die kausale Handlung, die einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen soll, ohne Rücksicht darauf, ob dieser eintritt oder nicht, den Tatbestand des vollendeten Deliktes. Hierunter fallen z. B. die §§ 87, 131, 140, 257, 263, 288, 298, 329, 332, 333, 344, 346. Zur zweitgenannten Gruppe rechnet Binding diejenigen Delikte, bei denen die Zurückschiebung der Vollendung in der Weise erfolgt, daß der erste Akt begangen in der Absicht, den zweiten folgen zu lassen, das vollendete Delikt darstellt, so z. B. in den Fällen der §§ 146 (Münzfälschung), 234, 236, 237, 275 Ziff. 2 und 3. In allen diesen Tatbeständen liegt die formelle Vollendung im Gebiete der materiellen Vorbereitungs- bezw. Versuchshandlungen. Wird also die auf Ausführung des zweiten Aktes gerichtete Absicht später, aber noch vor dessen Ausführung, wieder aufgegeben, so ist das Delikt trotzdem vollendet. Dessen ungeachtet glaubt Binding, daß es doch noch einen straflos machenden Rücktritt vom Versuche dieser Delikte gebe. Er hält diese Möglichkeit aus dem Grunde für nicht ausgeschlossen, weil man — was bei den „reinen Versuchsverbrechen“ allerdings nicht der Fall sei — immerhin den Versuch des gesetzlichen Tatbestandes von dessen formaler Vollendung doch noch scharf scheiden könne. Greifen wir einen Fall des sogenannten „verkümmert zweiaktigen

3) Gr. S. 136, Lb. I S. 13.

4) vgl. Gerland S. 140; Wachenfeld Lb. S. 185; Frank Komm. Nr. 4 zu § 46; Binding Lb. I S. 14; a.a. z. B. Olshausen Nr. 5 zu § 46; v. Liszt-Schmidt Lb. § 48 IV, 3.

5) Gr. S. 137.

6) Lb. I S. 11 ff.

Verbrechens" heraus: § 146 (Münzfälschung). Es läßt sich nicht leugnen, daß es höchst unbillig erscheint, dem Täter, der, — nachdem er falsche Münzen angefertigt hat in der Absicht, sie als echte zu gebrauchen, — freiwillig zurücktritt, die Vergünstigung des § 46 nicht zukommen zu lassen. Zumal da das Gesetz das Schwergewicht gerade nicht auf den ersten, sondern, wie sich aus § 147 deutlich erkennen läßt, auf den zweiten Akt, das „In-den-Verkehr-bringen" des Geldes legt und diesen unter die gleiche Strafe stellt wie die formelle Vollendung im § 146 [7]). So ist es verständlich, daß man versuchte, die Rücktrittsvorschrift auch auf solche Fälle auszudehnen, um zu einer gerechten Entscheidung zu kommen [8]). Alle derartigen Versuche scheitern im geltenden Recht jedoch an der Tatsache, daß die Rücktrittsvorschrift in einem Abschnitt des allgemeinen Teiles unseres RStGB. steht, der vom Versuche als unselbständiger Erscheinungsform des Verbrechens handelt, als subsidiärer Begriff, anwendbar nur in Verbindung mit einer anderen Strafbestimmung, sich daher lediglich auf die Bestimmungen über den Versuch bezieht und demnach nur dann Anwendung finden kann, wenn ein Versuch im technischen Sinne der genannten Bestimmungen vorliegt [9]). Oder, wie M. E. Mayer es formuliert hat: „Die Grenzen des Strafausdehnungsgrundes sind auch die Grenzen des Strafaufhebungsgrundes" [10]). Diese Entscheidung ist, wie zuzugegeben ist, in vielen Fällen unbillig, vom Standpunkt des geltenden Rechts aber die einzig mögliche. Eine zweckentsprechendere Regelung ist für die Zukunft zu verlangen.

Sehen wir zu, wie sich die Entwürfe dieser Aufgabe zu entledigen suchten. Verschiedene Möglichkeiten sind denkbar, um das gewünschte Ziel zu erreichen. Einmal nämlich kann man so verfahren, daß man die Versuchs- und Unternehmensdelikte bestehen läßt und generell oder auch in jedem einzelnen Falle ausdrücklich die Rücktrittsvorschrift für anwendbar erklärt. Etwa nach dem Vorbild des österreichischen Vorentwurfs, der in seinem § 17 bestimmte: „Wer eine strafbare Handlung vorbereitet, ist in den vom Gesetz bezeichneten Fällen strafbar. Die Strafbarkeit erlischt, wenn der Täter freiwillig ... von seiner Tätigkeit absteht und bewirkt, daß die vorhandenen Mittel oder Werkzeuge zur Verübung strafbarer Handlungen unbrauchbar werden". Man kann aber auch so vorgehen, daß man alle diese von den reinen Grundformen abweichenden Tatbestände aus dem StGB. ausmerzt oder sie entsprechend umgestaltet.

Der Vorentwurf brachte in dieser Beziehung keinen Fortschritt. Zwar findet sich der Begriff des „Unternehmens" in ihm nicht mehr; die in Frage kommenden Tatbestände sind aber statt dessen zu Versuchsverbrechen umgestaltet worden, so die §§ 101, 118, 126, 130, 167, 208, 308 Nr. 3 V.E. Über die Anwendbarkeit der Rücktrittsvorschrift

7) vgl. Binding, Lb. I S. 12.
8) vgl. z. B. Kohler in Vergl. Darst. Bes. Teil, III S. 226.
9) so Spohr, S. 18.
10) Lb. S. 369.

ist keine ausdrückliche Bestimmung getroffen. Die Begründung erwähnt nur mehrfach, daß die Rücktrittsvorschrift auf die erwähnten Fälle keine Anwendung finden könne [11]). Vielmehr habe man den Ausdruck „versuchen" nur gewählt, um darzutun, daß es sich um eine Versuchshandlung im Sinne des § 75 V.E. handele und es daneben keinen weiteren Versuch mehr gebe. Mit dieser Lösung ist das Problem keinen Schritt weitergerückt.

Der Gegenentwurf befolgt die andere mögliche Methode und sucht dadurch Besserung zu schaffen, daß er die Rücktrittsvorschrift des § 30 in einer ganzen Reihe von Tatbeständen des besonderen Teiles, in denen vorbereitende Handlungen mit Strafe belegt sind, für anwendbar erklärt [12]). Wie die Begründung weiter ausführt, dürfte mit dieser Regelung die Streitfrage, ob § 30 auch auf die Fälle auszudehnen sei, in denen der Versuch unter selbständige Strafe gestellt ist, in verneinendem Sinne entschieden sein [13]). In Frage kommen nach dem G.E. nur die Fälle der §§ 113 und 114 (Hochverrat).

Im K.E. von 1913 sind — offenbar, um auch nur den Schein einer Anwendungsmöglichkeit der allgemeinen Versuchsbestimmungen auf die Versuchstatbestände des besonderen Teiles zu vermeiden — die „reinen Versuchsverbrechen" wiederum zum größten Teile durch den Begriff des Unternehmens ersetzt worden [14]). Nur in zwei Fällen, in den §§ 175 K.E., der von der Verleitung Untergebener handelt, und im § 228 K.E., in dem die Verleitung zum Meineid geregelt ist, hat man die Wendung: „Wer versucht" gewählt. In beiden Fällen ist durch einen besonderen Absatz Straflosigkeit bei freiwilliger Verhinderung des beabsichtigten Erfolges zugesichert. Im übrigen jedoch läßt der K.E. keinen Zweifel darüber, daß in allen anderen Fällen, in denen diese ausdrückliche Bestimmung fehlt, ein strafbefreiender Rücktritt nicht möglich ist. Ein besonderer Absatz in der Rücktrittsvorschrift besagt: „Dies gilt nicht, soweit der Versuch als Unternehmen (§ 12 Nr. 4) mit der gleichen Strafe bedroht ist wie die vollendete strafbare Handlung" [15]). Bemerkenswert ist auch die Bestimmung im § 32 Abs. 2 K.E., worin im Anschluß an die Strafloserklärung von vorbereitenden Handlungen zu Verbrechen oder Vergehen für den Fall von deren Versuch oder Vollendung weiter ausdrücklich festgelegt wird, daß, soweit das Gesetz nichts anderes bestimme, der Rücktritt von einer vorbereitenden Handlung den Täter nicht straffrei mache. Leider hat der Entwurf die Möglichkeit eines Rücktritts nicht bei allen der in Betracht kommenden Tatbestände anerkannt [16]).

---

11) vgl. Begründung S. 298/299.
12) vgl. Begründung S. 44.
13) vgl. Begründung, a.a.O.
14) vgl. die §§ 134, 135, 136, 151, 191 Z. 1, 197, 198 K. E.
15) § 31 Abs. 2 K.E.
16) vgl. außer den schon erwähnten §§ 175 und 228 die §§ 137 Abs. 2 und 214 Abs. 3.

Der Entwurf von 1919 hat die Wendungen „wer es unternimmt“ und „wer versucht“ in den Tatbeständen des besonderen Teiles fallen lassen. In den beiden Fällen des § 175 (Verleitung eines Untergebenen) und des § 228 (Verleitung zum Meineid) ist das Wort „versucht“ durch „sucht“ ersetzt [17]). Eine Bestimmung nach Art des eben erwähnten § 31 Abs. 2 K.E. ist damit überflüssig geworden. Sämtliche Tatbestände des besonderen Teiles sind als formell vollendete Delikte ausgestaltet und als solche zu behandeln, auch wenn sie aus Handlungen bestehen, die materiell Vorbereitungs- oder Versuchscharakter aufweisen. Bedauerlicherweise hat auch der E. 19 die Liste der Tatbestände, bei denen ein strafloser Rücktritt ausdrücklich zugelassen ist, nicht erweitert [18]), insbesondere dem Rücktritt von dem Delikt des § 252 E. 19 (Vorbereitung der Geld- oder Wertzeichenfälschung) keine straftilgende Kraft beigelegt. In der Gruppe der Absichtsdelikte sind einige Tatbestände als gegenstandslos oder aus anderen Gründen weggefallen [19]). In einigen dieser Fälle, in den §§ 257 und 288 RStGB., (Begünstigung und Vollstreckungsvereitelung) verlangt der E. 19 anstelle der im geltenden Recht genügenden bloßen Ansicht, einen anderen der Bestrafung zu entziehen bezw. die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, den tatsächlichen Eintritt des erstrebten Erfolges [20]). Die „coupierten Erfolgsdelikte“ sind hier zu wirklichen Erfolgsdelikten umgestaltet. Für die übrigen Fälle jedoch, in denen dies nicht geschehen ist, gilt wie bisher der Grundsatz, daß mangels ausdrücklicher anderweitiger gesetzlicher Vorschrift mit dem Zeitpunkt der formellen Vollendung des Deliktes von einer Anwendung der Rücktrittsvorschrift keine Rede mehr sein kann.

Der A. E. 25 endlich hat in der Behandlung der erwähnten Deliktsgruppen gegenüber dem E. 19 keine wesentliche Änderung gebracht. Zu erwähnen ist vielleicht, daß § 288 RStGB. (Vollstreckungsvereitelung) wegen seiner engen Beziehung zu den aus dem Entwurf ausgeschiedenen Konkursdelikten keine Aufnahme gefunden hat und daß bei dem neu eingeführten Verbrechen der Verabredung zum Morde (§ 227 A.E.) die Möglichkeit des freiwilligen Rücktritts in Abs. 2 der Vorschrift ausdrücklich gesetzlich festgelegt wurde. Wie bereits oben bemerkt, wäre anstelle dieser Festsetzung im Einzelnen eine generelle Regelung für alle hier in Betracht kommenden Gruppen vielleicht vorzuziehen gewesen [21]).

---

17) s. §§ 182, 222 E. 19.
18) vgl. §§ 139, 182, 222 E. 19.
19) §§ 131, 140, 143, 234 RStGB.
20) vgl. § 235 E. 19: „Wer wissentlich die Bestrafung eines anderen ... vereitelt“ und § 387 E. 19: „Wer wissentlich .... die Befriedigung des Gläubigers dadurch vereitelt, daß er ...“.
21) vgl. z. B. auch Schoetensack im G.S. 91, 378 ff., bes. S. 398, der als Beispiele die Fälle der §§ 191 und 199 A.E. (Vorbereitung der Fälschung öffentlicher Urkunden oder Beglaubigungszeichen und Vorbereitung der Geld- oder Wertzeichenfälschung) als besonders kraß heraushebt.

LEBENSLAUF.

Am 5. November 1903 wurde ich als Sohn des Kaufmannes Wilhelm Marx und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Lenders, zu Düsseldorf geboren. Ich bin katholischer Konfession. Zunächst besuchte ich die Vorschule der städtischen Oberrealschule an der Scharnhorststraße zu Düsseldorf, sodann von Sexta an das städtische Reform-Realgymnasium an der Rethelstraße und bestand an dieser Anstalt Ostern 1922 die Reifeprüfung. Im Sommersemester 1923 wurde ich bei der juristischen Fakultät der Universität Köln eingeschrieben und im Sommersemester 1924 bei der Philippsuniversität zu Marburg. Am 28. November 1928 bestand ich die 1. juristische Prüfung am Oberlandesgericht Kassel und widmete mich seither der Anfertigung meiner Doktorschrift.

Karl Marx.